

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE
DE LA
POSSESSION DES MEUBLES
EN DROIT ANGLAIS COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 4 Décembre 1934, à 13 h. 30

PAR

M. M. DELAGE, B. C. L. OXON
OF GRAY'S INN, BARRISTER-AT-LAW

JURY. { *Président* : M. LÉVY-ULLMAN, *professeur*.
 { *Suffragants*. { MM. ROUAST { *professeurs*
 NIBOYET }

PARIS
LES EDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON et Cie
160, RUE SAINT-JACQUES

1934

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*La Faculté entend ne donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces
opinions doivent être considérées comme propres à leurs
auteurs.*

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE
DE LA
POSSESSION DES MEUBLES
EN DROIT ANGLAIS COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 4 Décembre 1934, à 13 h. 30

PAR

M. M. DELAGE, B. C. L. OXON
OF GRAY'S INN, BARRISTER-AT-LAW

JURY.. { *Président* : M. LÉVY-ULLMAN, *professeur*.
 { *Suffragants*. } MM. ROUAST { *professeurs*.
 NIBOYET }

PARIS
LES EDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON et Cie
160, RUE SAINT-JACQUES

1934



INTRODUCTION

Si l'on reprend les idées chères à Taine, la situation géographique de l'Angleterre peut expliquer une partie de l'originalité et du particularisme de son système juridique. Située à l'extrême pointe ouest du vieux continent, elle se trouve par là, être la dernière nation européenne à recevoir l'influence de tout mouvement intellectuel ou social se propageant vers l'Ouest; de plus, par le fait qu'elle est une île, ces mouvements de marées intellectuelles, si l'on peut ainsi dire, ne peuvent la toucher que de la même façon que les vagues de l'Océan qui assiègent sa forteresse naturelle; elle n'en prend que ce qu'elle veut bien en admettre. Elle est donc, dans certains un sens, un point d'aboutissement mais non pas un point terminus; son originalité et sa vitalité en font aussi une tête de ligne, un point de départ. Cette étude montrera l'effet des théories continentales sur le droit insulaire relatif à la possession des meubles, comment elles s'y sont mêlées et quels en furent les résultats.

L'influence du droit romain est niée par une des écoles qui partagent les historiens du droit anglais : l'école des « Common lawyers » où l'on rencontre les grands noms de : Maitland, Pollock, et de Holdsworth. Nous adopterons les vues plus modérées de la seconde qui admet une certaine influence romaine, pour les raisons suivantes : il y eut forcément de par l'occupation romaine un certain apport de droit romain et vu la différence de degré de civilisation du vainqueur et du vaincu on peut probablement dire sans grand risque d'erreur, qu'il y eut comme une sorte de substratum juridique formé par une vulgarisation peut-être inconsciente du droit ainsi importé et mêlé au droit autochtone. Ce droit indigène serait d'origine purement teutonique suivant les écrivains de la première école, car

ceux-ci nient toute influence romaine. Par contre, il faut remarquer que les partisans de la seconde voient dans le droit romain de l'époque anglo-normande l'origine des principes les plus importants de la féodalité qui a marqué d'une empreinte si forte le droit anglais.

Après la conquête normande, il est certain que le droit canon fut introduit en Angleterre et que des Cours ecclésiastiques furent créées ce qui eut forcément pour résultat d'implanter assez profondément certaines règles du droit romain ou leurs succédanés. Il ne faut pas oublier non plus que le droit purement anglais se trouva être appliqué par des juges et surtout fut étendu par des chanceliers (après la création de l'Equity) dont l'éducation et la formation juridique était basée sur le droit romain. De même, on rencontre des écrivains tels que Glanvil et Bracton qui ne feront que reproduire les textes romains qu'ils avaient à leur disposition. D'autre part, il est vrai, qu'après Edouard 1^{er} on voit se créer les Inns of Court d'où sortiront les « Common lawyers » dont la formation juridique n'était plus basée sur le droit romain; ce qui entraînera un éloignement de ce Droit. Mais quand même son influence se fera sentir indirectement et ce, de trois côtés différents. Par, l'Equity ainsi que nous l'avons déjà mentionnée en raison de l'origine religieuse du chancelier et de son rôle prétorien. Par le droit maritime « Law Merchant » qui tire ses principes du droit romain et fut administré par des « Civilians » dans les tribunaux de l'amirauté, et enfin par la Renaissance qui ramena avec elle et remit en honneur l'étude du droit romain et introduisit celle du Digeste. Son importance est prouvée par la controverse qui eut lieu entre « Common Lawyers » et « Civilians » quant à l'opportunité de l'adoption du droit romain comme droit commun. L'influence latine est encore prouvée par les œuvres des écrivains, déjà nommés et par les sentences des juges comme le jugement célèbre de Lord Holt dans l'affaire *Cogg c. Bernard* où il divise les cas de « bailment » en sept classes suivant le droit romain ou ce qu'il entendait comme tel. En outre le latin a toujours été depuis fort longtemps

une étude très en honneur dans les Iles britanniques. Et de plus maintenant il est remarquable de constater que le droit romain est devenu une matière obligatoire dans les universités anglaises, pour toutes les études de droit.

Il ne faut naturellement pas exagérer la portée de cette influence. Ce n'est pas à proprement parler l'esprit juridique romain qui mit son empreinte sur le droit anglais, non c'est plutôt l'emprunt de certaines règles particulières qui fut pratiqué, et même ces règles furent ensuite interprétées d'une façon très particulière, très autochtone.. Autrement dit cette influence étrangère n'a jamais servi qu'à l'introduction de certaines notions utiles inexistantes dans le droit insulaire, notions qui furent ensuite développées d'une manière originale, ou au développement de certaines idées qui appartenaient en propre au droit indigène, mais avaient besoin d'un adjuvant étranger.

C'est ainsi que dans le droit anglais l'idée de propriété est essentiellement germanique et l'est restée. Une jouissance en est l'essence et la « seisin » n'en est que la forme apparente; le droit réel est conçu, défendu, transféré, éteint sous forme de « seisin » et la possession est dérivée de cette « seisin » d'où opposition complète avec l'idée romaine correspondante où les deux notions de *possessio* et de propriété sont complètement distinctes, quant à la conception, la défense, le transfert et l'extinction. Ce qui n'empêcha pas d'ailleurs au ^{xiv}^e siècle l'introduction en Angleterre d'une notion de propriété la « personal property » propriété pure et simple créée suivant le mode romain, car la première était insuffisante pour les besoins économiques.

Dans cette forêt immense et sans points de repères que paraît le droit anglo-saxon à tout étudiant continental, on trouve pourtant deux jalons qui aident à s'y conduire. Tout d'abord la pensée de l'Anglais ne va jamais du général au particulier. Il prend espèce par espèce et les détermine l'une par rapport à l'autre. Ce n'est pas le chêne latin avec un tronc magnifique d'où partent toutes les branches; c'est le régime du fraisier qui s'étend par ses propres tiges et se marcotte de lui-même dans tous les sens par îlots

séparés; mais chacune de ces petites divisions forme un tout fort logique une fois que l'on a pu l'isoler.

En second lieu, quand un juriste anglais n'a pas de point de départ, pas de précédent légal sur lequel il puisse bâtir sa décision, alors, il pose une sorte de principe ou de règle; ou même il la suppose car, quelquefois il ne la formule même pas, mais il la considère comme ayant toujours été, ou peut-être au point de vue moral et pratique comme devant avoir toujours existé, ou tout au moins comme ayant tout jours été en puissance; et sur cette pierre invisible il bâtit sa décision, qui une fois admise dans une série de cas analogues fera loi absolue. On devra donc dire alors que ce principe a toujours existé et ne peut être nié étant supposé de temps immémorial.

C'est ainsi que fut créé le « Common Law » sous le règne de Henri II sur des droits soi-disant existants mais fort vagues en fait.

C'est de là aussi que vient cette différence entre juristes insulaires et continentaux dans leur manière de comprendre la notion de droit coutumier dont le « Common Law » est un exemple bien typique.

Pour un continental le droit coutumier consiste en un fait qui a fini par devenir une réglementation unanimement acceptée. La coutume en Angleterre est une règle qui même, si, elle n'était pas formulée, existait autrefois au moins en puissance. On pourrait donc dire que dans ce droit il ne peut y avoir rien de nouveau même quand on change complètement le sens d'une décision antérieure. Car ainsi que l'a dit un des plus savants des lords et juges : « Ce n'est pas le droit qui change, c'est la façon de le comprendre ». Le résultat ainsi obtenu est de donner une certaine souplesse à ces décisions qui semblent comme figées pour l'éternité dans leurs anciens grimoires.

Il faut aussi noter que le juge anglais n'hésitera pas à aller chercher un soutien dans des textes qui n'ont pas force de loi dans son pays, prenant ainsi son bien où il le trouve. C'est de cette façon que dans plus d'une décision on rencontre de grands noms continentaux tels que : Pothier,

Savigny, etc., qui seront cités à l'appui non point dans le but comme nous le ferions, de prouver que telle est la loi mais dans celui de montrer que la règle que l'on veut introduire ou soutenir est une règle de bon sens, qui existe et par conséquent est une chose naturelle, un fait sur lequel on peut s'appuyer. En poussant la chose un peu loin on pourrait presque dire que le droit anglais est une chose naturelle aussi naturelle que les magnifiques pelouses de ce beau pays.

On oppose quelquefois le « Case Law » au « Statutory Law ». Le premier est le système du précédent, système un peu analogue à celui des arrêts de nos anciens parlements; il constitue le fondement même du « Common Law » et en est la continuation. Le second, le droit législatif, très souvent ne fait que constater le résultat obtenu par le premier et essayer une sorte de classification, de mise au point ou de simplification d'une branche donnée du droit. Ici on peut difficilement parler de codification proprement dite. D'ailleurs la « jurisprudence » (doctrine) a quelquefois à redresser, à coordonner ou expliquer ces textes législatifs, car malheureusement, le mal moderne du manque de clarté et la manie de tout régler jusqu'au plus petit détail, quoique ce second défaut soit par nature inhérent au « Common Law », ont aussi atteint les parlements insulaires bien qu'à un moindre degré que les continentaux.

Une autre question aussi importante quand on étudie le droit anglais est la distinction dans une décision judiciaire (« case ») entre ce que l'on appelle la *ratio decidendi* et les *dicta*. Les *dicta* sont des opinions formulées par des juges sur certains sujets connexes ou non avec la question à décider et dont on peut se servir quelquefois pour établir quelle serait la tendance de la jurisprudence si tel cas se présentait. Quant à la *ratio decidendi* elle est assez difficile à définir, ce peut être une raison, un principe clairement et nettement énoncé et dans ce cas facile à déterminer; mais à d'autres moments elle se présente sous la forme d'idées peu précises qu'il faut rechercher dans de longs

discours et elle apparaît alors dépendre plus des circonstances, de la conviction du juge que d'autre chose. Ceci peut paraître un défaut dans un droit fondé sur les précédents; mais en pratique il est bien des cas où il est difficile de trouver autre chose que des raisons et des formules assez vagues pour étayer une solution qui par elle-même est juste et adéquate et se recommande ainsi d'elle-même, mais au fond serait soit difficile à baser sur quelque principe, soit si les règles étaient appliquées strictement deviendrait injuste ou ne serait pas adaptée aux circonstances de l'affaire *sommun jus summa injuria*. Toute « jurisprudence » doit être prise avec ce correctif et le *case law* n'est en fait qu'une « jurisprudence ».

Le juge est lié par sa décision antérieure et par celle d'une cour supérieure; la Chambre des lords décidant en dernier ressort, ses décisions sont obligatoires pour toutes les autres. En pratique, toutes les décisions judiciaires ne font pas loi; il peut s'en trouver plusieurs sur le même sujet ou très analogues et qu'elles soient en conflit les unes avec les autres. Une décision est d'abord une décision juste pour le cas présent, et devient ensuite une règle par son application à d'autres cas semblables. Pour ce faire on n'y prendra naturellement que la *ratio decidendi*, comme elle aura été comprise à ce moment-là.

Il nous reste deux dernières remarques à faire : le régime féodal a laissé beaucoup de traces en Angleterre. C'est ainsi que la propriété pure et simple à la romaine n'existe pas pour la terre, mais que l'on trouve, même après la réforme de 1925, un domaine éminent appartenant à la couronne, et un domaine direct, analogue à la propriété provinciale romaine, qui reste à celui qui paraît être le propriétaire et qui, en fait, est à peu de chose près en la même situation. De la combinaison du régime féodal et des règles de « l'Equity » sont nés une série de droits réels inconnus sur le continent et qui n'y ont pas d'équivalent. Ce système de droits réels si particuliers existe aussi bien pour les meubles que pour les immeubles quoique, pour les premiers, la propriété pure et simple existe.

Il ne faut pas négliger non plus la grande réforme apportée par le *judicature act* de 1873 qui permet au même juge d'appliquer dans les cas le requérant les règles du « Common Law » aussi bien que les règles de l'Equity, ceci dépasse non seulement le but de cette simple introduction mais encore le sujet de cette étude.

La possession étant en droit anglais une matière d'une ampleur considérable dont l'entière exploration exigerait plus d'espace qu'il ne nous est loisible d'y consacrer. Cette étude, en raison de l'ampleur même et de la complexité du sujet, ne portera que sur la possession des meubles proprement dits, en droit anglais.

Il a paru logique de diviser ce travail en quatre grandes parties, on chapitres : une première partie générale, se rapportant à la définition et à la nature de la possession, chapitre qui servira de point de départ et de base pour le second, celui-ci comprendra les éléments et conditions de la possession. Ses principaux paragraphes se rapporteront aux points les plus intéressants du mécanisme possessoire dans sa conception anglaise : preuve de la possession, titre résultant de la possession, objets susceptibles de possession et enfin copossession et possession pour autrui. Un paragraphe spécial comprendra le « bailment » en raison de son importance. Un troisième chapitre sera consacré à l'étude des transferts de la possession qui pour plus de commodité seront divisés suivant l'habitude générale en modes originaux d'acquisition, modes dérivés ou volontaires et modes involontaires.

La dernière partie englobera toute la matière si importante et si touffue des moyens de protection possessoire.

En outre de la conclusion un chapitre appendice sera réservé pour l'étude de la terminologie. La division ainsi comprise de cette étude peut à première vue ne pas paraître, non seulement conforme à celle ordinairement adoptée par les continentaux mais encore heurter leurs habitudes. Il a paru nécessaire de l'utiliser : d'abord en raison de la différence considérable qui existe entre le droit insulaire et les droits continentaux tant au point de vue des con-

cepts juridiques proprement dits que de celui de la méthode adoptée en leur application aux faits concrets ; et ensuite du fait que cette partie du droit ayant été très étudiée sur le continent ; il importait pour éviter des redites et des lieux communs, de ne pas s'étendre sur des points déjà très connus, et de ne s'attacher qu'aux points vraiment saillants et intéressants par leur originalité du droit insulaire.

CHAPITRE PREMIER

DEFINITION ET NATURE DE LA POSSESSION

Les Anglais emploient le même mot que nous pour indiquer le rapport possessoire, possession. Ils l'ont acquis de notre langue et il leur vient ainsi indirectement du latin¹.

En Angleterre où les vieux juristes du « Common Law »

1. Définir la possession a toujours paru difficile et dans les codes modernes souvent on a renoncé simplement à donner une définition générale et directe, se contentant de définir certaines catégories de possession et d'en donner ainsi une définition d'une façon plus ou moins indirecte. C'est ainsi que dans le Code Allemand, l'art. 855 donne ce qu'il faut entendre par détention subordonnée, l'art. 868 détermine de même quand il y a possession médiate et immédiate. Mais l'art. 854 ne donne pas une définition proprement dite de la possession, seulement, une description de la manière de l'acquérir. Il est vrai que l'art. 855 combiné avec l'art. 854 et l'art. 872 permettent d'en former une qui succinctement serait : un pouvoir de fait exercé sur une chose en maître.

Le code suisse de 1912 dans son art. 919, quoique plus précis, ne donne pas non plus une définition à proprement parler, mais en énumère seulement les conditions. L'art. 920 détermine les cas où il y a possession médiate et immédiate, ainsi que la distinction entre possession dérivée et possession originaire.

Les codes italien et espagnol reproduisent à peu près le nôtre et n'offrent que peu d'intérêt à ce sujet.

Par contre si l'on veut remonter plus haut on trouve des essais de définition dans le digeste, celle de *Labeo D. 41.2.1*, répétée par Paul, qui est plus étymologique qu'autre chose et en fait, ne définit guère que la possession matérielle ou, suivant Nerva, l'occupation de la chose sans maître. C'est dans l'ensemble des textes, que l'on trouve les éléments de la possession et ses conditions, dont se sont servi les glossateurs et leurs émules, les juristes continentaux modernes.

Chez nous Pothier définit la possession : la détention d'une chose que nous tenons en notre puissance par nous-même, ou par un autre en notre nom : définition reproduite à peu près textuellement dans l'art. 2228 sauf qu'on y a introduit la possession des droits. Mais comme elle est devenue trop étroite, M. Capitant la rectifie et la modernise de la façon suivante : « la possession est un rapport de fait entre une personne et une chose, dit-il, par lequel cette personne a la possibilité d'accomplir sur cette chose, des actes matériels d'usage et de transformation, avec la volonté de la soumettre à l'exercice du droit réel auquel normalement, ces actes correspondent » (*Droit civil*, Colin et Capitant, 7^e éd., t. I, p. 900).

Cette opinion est celle qui est suivie par la doctrine ; c'est aussi celle de M. Girard.

ont fait tout ce qu'ils pouvaient pour empêcher l'introduction et l'adoption de ce droit tout fait, tout établi, qui est le droit romain, il est intéressant de remarquer que, chez nos voisins, ce fut comme à Rome, le concept vulgaire et la langue courante qui furent pris comme bases, non seulement de la langue juridique mais aussi, par là même de la règle légale. Même de nos jours les juristes insulaires se font gloire, suivant leur habitude si caractéristique, de ne se servir, que du fond commun pour fonder leurs développements juridiques sur des principes considérés comme ayant toujours existé, tout au moins implicitement.

A première vue, on peut donc dire, qu'en droit anglais la possession sera entendue, couramment, comme étant le pouvoir apparent qu'une personne a sur une chose.

Il n'y a pas en droit anglais de titre relatif à la possession *eo nomine* et il est à peu près inutile de chercher une définition dans les décisions judiciaires, elles ne traitent que d'espèces.

Dans les traités de droit, certains auteurs, comme Sir H. Maine, adoptent une définition très proche de celle de Pothier; suivant lui, c'est la détention physique associée avec l'intention de détenir la chose comme sienne.

Pour Sir John Salmond qui oublie la possession des droits, lui aussi, comme Sir H. Maine c'est, dit-il, « l'exercice continu d'une prétention ou d'un droit, à l'usage d'un objet matériel¹ ». Mais il la complète d'autre part, en ajoutant : « La possession, dans sa pleine mesure et application générale, veut dire l'exercice continu d'un droit ou d'une prétention ». Définition tellement générale qu'elle peut s'appliquer à toutes sortes de droits.

L'opinion de M. le Juge Holmes est, que pour obtenir la possession, un homme doit être dans une certaine relation physique avec cet objet envers le reste du monde, et doit avoir une certaine intention. Ceci nous donne les trois éléments fondamentaux de la possession en droit anglais : *corpus*, *animus*, et un troisième élément comprenant ce

1. *On Jurisprudence*, p. 302 et ss.

que M. Saleilles appelle une maîtrise de la chose, suivant les idées ambiantes, conformément aux mœurs et aux relations sociales¹. Ce qui conduit à introduire, non seulement une idée de protection légale, mais aussi, cet élément ondoyant et fuyant, l'opinion publique. Mais ce n'est toujours pas une définition.

Si l'on se tourne du côté des textes législatifs, on rencontre une description donnée par le « Factors Act » 1889 S. « Une personne est censée, dit le texte, être en possession de meubles, quand ceux-ci ou les titres les représentant sont en sa détention actuelle, ou détenus par une autre personne, en son nom ou sous son contrôle. Ceci ne se réfère qu'à la possession matérielle et à la possession pour autrui. Ce n'est pas une définition proprement dite.

De son côté, M. Wright dit qu'il faut chercher la signification de possession au sens légal dans l'étude des modes et causes par lesquelles, elle commence ou cesse et les conditions obligatoires ou défenses lui appartenant; mais il se garde bien de donner quoique ce soit ressemblant à une définition.

Sir Ed. Perry dit, qu'il est inutile de chercher une définition dans les livres, car il ne s'en trouve point et Sir Fre. Pollock n'en donne nulle part dans son ouvrage si poussé pourtant sur ce sujet².

1. Pour Savigny on est en possession d'une chose quand on peut en disposer soi-même physiquement et la défendre contre toute action étrangère. Pour Ihering c'est un pouvoir de fait, ce qui ramène à considérer les théories modernes allemandes défendues par M. Saleilles. La théorie soutenue par cet auteur se rapproche beaucoup des théories anglaises et même peut être considérée comme exprimant presque exactement nonseulement la pensée de Sir F. Pollock, mais aussi celle de la jurisprudence anglaise, en disant : « Celui-là est maître de la chose qui d'après les idées ambiantes, conformément aux mœurs et aux relations sociales est considérée à l'extérieur comme celui de qui la chose dépend.

2. Cet auteur note que la doctrine de la possession fut élaborée grâce aux moyens de protection possessoires variés créés contre les atteintes (« wrongs ») aux droits possessoires et longtemps on pensa que les conditions de ces défenses étaient complètement déterminées, ou l'étaient principalement par eux. C'est ainsi que, pour les meubles, on trouve les notions de « conversion » ou « trover » qui sont des atteintes « wrongs » aux droits possessoires mobiliers, et celle de « theft » ou « larceny » qui est une espèce de « trespass » sur les meubles et où l'intention du *dejiciens* le rend passible de peines criminelles.

Ce sont ces notions, dit Sir F. Pollock, et non des termes d'analyse générale, qui sont rencontrées dans ces textes anglais.

Il semble possible même avant d'établir quels sont les éléments de la possession en droit anglais, de la définir d'une façon générale en se basant sur les éléments que nous possédons déjà et sur ceux que fournit l'étude de la terminologie¹. Ce serait donc pour nous, la maîtrise effective d'une chose, suivant les idées communément reçues, avec l'intention d'en exclure les autres et d'exercer sur elle, tous droits conférés par la loi.

Dans cette définition, nous excluons de parti pris, la possession des droits, car si en théorie les juristes anglais admettent une sorte de quasi-possession à leur égard, en pratique, ils paraissent fortement attachés à la théorie saxonne qui n'accepte que la possession des objets concrets et tangibles.

Quant à la nature proprement dite de la possession, on ne peut l'examiner sans prendre comme point de départ les deux théories fondamentales et bien connues de Savigny et de Ihering. C'est ce que font les auteurs anglais quoiqu'ils les discutent beaucoup.

Savigny, dans son ouvrage fondamental sur la possession, montre expressément, que c'est un fait qui a des conséquences légales.

De son côté, Ihering pense que c'est un droit.

Les droits, selon lui, sont des intérêts juridiquement protégés. Dans tout droit, il y a un élément matériel : l'intérêt, et un élément formel : la protection légale ou juridique.

Cette dernière opinion a été adoptée par certains juris-

Et pour le plus grand désespoir d'un continental, cet auteur continue disant : « Il y a beaucoup de choses encore à connaître, relativement à ce que l'on peut appeler la base physique de la possession — choses importantes, et que le droit prend en considération et qui, jusqu'à un certain point, sont définies par les textes — mais doivent être recherchées, plutôt à l'aide de l'instinct du praticien que par une méthode quelconque, dans les nombreux endroits où elles peuvent se trouver *latitunt et discurrunt* — dans les innombrables répertoires de décisions (*Nisi Prius & Crown Law Treatises*) ». Il n'est donc pas étonnant que l'on en soit réduit à une perplexité désespérée », dit-il, en forme de conclusion. Nous essayerons, dans le paragraphe consacré à l'étude de la possession matérielle, d'en montrer les principaux éléments. (*Possession in the Common Law*, part I).

1. V. appendice.

tes continentaux qui font même un droit réel de la possession.

C'est ainsi que M. Cornil qui, en général suit Ihering, dit¹ : « La possession est un droit, car il y a un intérêt possessoire permettant l'utilisation économique de la chose et en nécessitant la protection juridique, aussi les Romains parlent-ils de *jus possessionis*. Mais, ajoute-t-il, la particularité de la possession, c'est qu'elle est un fait générateur de droit, avec lequel le droit se confond. Le droit naît avec le fait et disparaît avec lui ». Par là, cet auteur revient donc à la théorie de Savigny.

M. Capitant n'admet pas complètement cette idée; il croit que la possession est un droit réel¹ : « Posséder », dit-il, c'est exercer un droit réel vous appartenant ou non. » D'autre part cet auteur pense que ce droit participe de la nature de la propriété, et que ses modes de création, d'extinction, de défense, sont similaires, on pourrait même dire parallèles mais distincts. D'après lui c'est une création originale, nécessaire et bien romaine d'essence. D'après ces deux auteurs, il paraîtrait que la doctrine française pencherait plutôt pour une opinion à mi-chemin entre les deux théories des auteurs allemands. Ce serait donc un droit réel, mais un droit d'une nature rendue particulière par la raison que sa base, son origine repose primordialement sur certains faits matériels¹. En Allemagne, il semble bien que la possession soit comprise spécifiquement, comme un droit réel mais distinct de la propriété, même après la réforme apportée par le nouveau code de 1900: La possession y étant conçue comme un pouvoir de fait sur une chose, le Code civil allemand n'a pas pu admettre la possession d'un droit, encore que les moyens possessoires soient accordés au titulaire, tant d'une servitude foncière que d'une servitude personnelle restreinte, en souvenir du droit romain et, que se plaçant au point de vue purement pra-

1. Cornil, *Traité de la possession en droit romain*, 1^{er} chap., p. 7.

2. Colin et Capitant, *Droit civil français*, t. I, p. 905 et ss. 7^e éd.

1. En Droit français la possession des droits étant reconnue ajoute une difficulté de plus en cette matière.

tique, la jurisprudence et la doctrine aient reconnu que la catégorie des droits sur un droit existait en Allemagne depuis longtemps, et répondait à un besoin économique. La possession ne pourrait donc être que réelle; mais les nécessités du commerce ont quand même obligé jusqu'à un certain point, à reconnaître une sorte de possession d'un droit quand ce droit se trouve représenté par un titre ou document quelconque, ce qui est le cas pour les effets de commerce; de toute façon, ce droit a son origine dans les faits.

En Angleterre, où, primitivement, possession et propriété ont été souvent confondues, la possession ne peut-être qu'un droit réel sans aucun doute, et de même nature que la propriété, quoique distinct pour certains auteurs, comme Sir Fr. Pollock. Ce rapport de possession, dit-il, est distinct et séparable de la propriété réelle et apparente, quoique souvent concourant avec l'une ou avec l'autre, ou même avec les deux.

Pour Mr. Holmes, tout droit est une conséquence attachée par le Droit à un ou plusieurs faits lesquels sont définis par le Droit; et partout où le Droit donne à quelqu'un des droits spéciaux non partagés par l'ensemble du peuple, le Droit agit ainsi pour la raison que certains faits spéciaux, non vrais du reste du monde, sont vrais pour lui¹ ». Le mot possession dénote un tel groupe de faits dit cet auteur et il ajoute : « Possession dénote les faits et connote les conséquences; la propriété dénote les conséquence et connote les faits. » Il considère donc ainsi que « les conséquences attachées à la possession sont substantiellement les mêmes que celles attachées à la propriété, sujet à la question de la continuation des droits possessoires (nous verrons, que pour lui, la différence entre les deux notions réside en cette obligation de continuité d'exercice pour la première).

Sir Fr. Pollock adopte aussi une opinion du même genre et appuyée sur celle de Savigny, quant à la possession de fait basant des conséquences légales. Il pose de même comme principe, que tout rapport légal est une affaire de

1. *The common Law*, chap. « On Possession », p. 206 et ss.

droit et de fait mêlés, les deux sphères ne sont pas séparables selon lui. Les faits, dit-il, d'autre part,, n'apparaissent importants aux juristes que si, directement ou indirectement, ils sont les conditions ou les résultats légaux de droits ou d'obligations. Il s'ensuit, que pour lui, la notion légale de la possession est aussi bien une question de droit que de fait, la seconde servant de base à la première. Pour la propriété il est un peu plus vague; mais, admet jusqu'à un certain point, qu'il n'y a que peu ou prou de différence entre les deux principes.

De même, dans le même ordre d'idée, Sir John Salmond dit¹ : « La propriété est la garantie de la loi, la possession est la garantie des faits. C'est la contre-partie *de facto* de la propriété. »

Suivant une seconde théorie, des auteurs comme Sir J. Stephens dans ses *Commentaries on the Law of England*, rangent propriété et possession dans un même genre de droit : Les droits de propriété dont il donne le tableau suivant : les divisant en deux classes et quatre catégories.

Droit de propriété.

Propriété absolue		Possession	
pro. avec la possession de facto.	pro. sans la possession de facto mais avec le droit immédiat ou l'ultime droit à la possession	possession légitime	possession vicieuse

La jurisprudence semble plutôt incliner du côté d'Ihering, suivant qui, ce serait la matérialité de la propriété, le pouvoir de fait sur la chose dont la propriété serait le pouvoir de droit; mais il n'y a rien de précis d'autant plus que maintes et maintes fois, propriété et possession ne sont pas distinguées. Surtout en raison de ce fait qu'il n'y a pas de distinction faite chez nos voisins entre pétitoire et possessoire.

De toutes façons, la possession en droit anglais est un droit participant de la nature de la propriété, même si

1. *On jurisprudence* : « Possession », pp. 293 et ss.

l'on admet qu'elle en est distincte. Elle peut être transférée, soit *inter vivos*, soit à cause de mort, et on peut en disposer de même. C'est non seulement l'opinion des auteurs mais aussi celle de la jurisprudence (Asher c. Whitlock, L. R. 19 B. I. Daniel c. Rogers 1918, K. B. 228). Comme dans les droits continentaux.

Quant à la question de la possession possible d'un droit, elle paraît assez difficile à établir parce que la division anglaise des biens en *personal property* et *real property* ne correspond pas à la nôtre, en meubles et immeubles. C'est ainsi que la *Real property* comprend les servitudes et rentes foncières qui ont toujours été susceptibles de possession sans faire appel à la fiction de quasi-possession parce que découlant de la tenure et étant immeubles par nature. A l'opposé les *jura in persona* généralement sont considérés comme incapables de possession. Ils étaient autrefois difficilement transmissibles. Mais ils sont susceptibles de propriété; et d'après la jurisprudence nombreuse relative aux effets de commerce, il paraît bien, que pratiquement, pour tout droit représenté par un titre ou document quelconque, que la possession de ce document en fait soit considérée comme la possession du droit lui-même, quoique il n'y ait rien de précis à ce sujet.

CHAPITRE II

ELEMENTS ET CONDITIONS DE LA POSSESSION

§ I. — *Eléments de la possession.*

On possède *animo* et *corpore*, disent les textes romains, qui servent de base à toutes les théories sur la possession. Parmi tous les auteurs qui ont écrit sur ce sujet, il n'y en a pas qui nient absolument l'existence de ces deux éléments, même parmi les plus extrêmes. On peut donc dire qu'ici toutes les théories convergent sur ce point, mais qu'elles divergent quant à la question de savoir si l'*animus* peut être complètement séparé du *corpus*, ou tout au moins, du pouvoir de reprendre la chose.

Les deux théories fondamentales sont celles de Savigny et d'Ihering. A l'heure actuelle, ces deux théories ont été au point de vue historique, également repoussées, comme ne concordant pas avec l'esprit romain et ne sont considérées comme n'étant que des explications modernes de textes anciens. Pourtant de ces deux doctrines en fait, sont venues celles que l'on professe maintenant, et dont les nouveaux codes sont sortis¹.

1. Il est utile d'en établir rapidement les lignes principales sans oublier les corrections et adjonctions qui leur ont été apportées par leurs partisans ou adversaires.

Pour Savigny, le *corpus* exigé, c'est la possibilité physique de disposition exclusive d'une chose, et, l'*animus* est l'intention de se comporter en maître, mais pas nécessairement de se croire le maître, ce sera l'*animus domini* : ou, comme cette expression a été fortement critiquée, l'*animus sibi habendi*. Tous ceux qui n'ont pas cet *animus* ou ne peuvent pas l'avoir, soit posséderont *alieno nomine*, ou ne posséderont pas. Le voleur possédera car il possède pour lui même, mais le fermier, le locataire, le dépositaire ne posséderont pas, ils n'auront que la simple détention; ils exerceront le *corpus* pour une autre personne. Les cas anormaux du créancier gagiste, ou séquestre; du précariste, de l'emphyté et du locataire de l'*ager vectigalis* sont expliqués par la théorie de la possession dérivée, le possesseur cède sa possession au détenteur.

Quelles sont les théories que professent les juristes de notre temps? M. Cornil adopte franchement le système d'Ihering le jugeant plus souple; au point de vue extérieur, la possession étant jugée d'après l'état normal des choses et dans l'accomplissement de leur destination économique. C'est donc l'état même de la chose qui trahit l'existence ou

Ihering, d'autre part, pense que la notion de *corpus*, suivant Savigny, est trop étroite même pour les romains primitifs. La notion de possession était déjà dégagée de cette conception matérielle à cette époque.

Pour lui, la possession est le rapport extérieur qui existe normalement entre le propriétaire et sa chose. Ce n'est donc dit-il, ni un pouvoir physique ni une suprématie de fait sur une chose; est possesseur *qui omnia ut dominus gerit*, celui qui gère chaque chose en maître, C. 2, C. 7. 32. Donc le *corpus* et l'*animus* ne peuvent être séparés, et tout rapport possessoire implique nettement une volonté, que ce soit une simple détention ou la possession proprement dite. La distinction entre elles ne réside pas dans une différence d'intention, s'il en était ainsi, il dépendrait de la volonté de chacun d'attacher la possession ou la détention à un rapport possessoire, et de la varier à son gré. Les partisans de la première théorie répondent : ce n'est pas la volonté qu'a l'intéressé qui importe, mais celle qu'il doit avoir. A ceci M. Cornil objecte que ce n'est plus alors d'*animus domini* qu'il s'agit, mais de *causa possessionis*; ce qui détruit toute protection possessoire, il est impossible d'établir cette *causa*, et si elle est nécessaire, il n'y a plus de différence avec la publicienne, à moins de reconnaître la *causa injusta*. La protection serait seulement de la possession vicieuse.

M. Cuq répond à cette objection, que l'introduction des *causa* en Droit romain vient de la nécessité de savoir quelle possession sera envisagée comme élément du patrimoine de celui qui l'a; il cite à l'appui D. 41.2.3.19 où il s'agissait de déterminer les droits des créanciers d'un *judicatus* et de les protéger contre les fraudes; l'interdit fraudatoire n'étant pas suffisant ainsi que la paulienne. Pour cela, il fallait rendre la possession indépendante de la volonté du débiteur, d'où la règle que nul ne peut changer sa possession. Ce qui montrerait que, au moins historiquement, c'est Savigny qui a raison.

Ihering, parlant de la possession pour arriver à la détention, au contraire de Savigny, déclare que tout rapport possessoire est en principe une possession proprement dite, dans certains rapports possessoires déterminés, le droit obéissant à des motifs pratiques, enlève les effets de la possession, bien que les conditions légales de la possession soient réunies. Ceci est certainement une explication très plausible pour un droit moderne mais ne cadre pas avec les idées romaines ni avec les données historiques que nous possédons, et, bien difficilement avec les textes. Aussi faut-il ne prendre ces théories quant au droit romain qu'avec beaucoup de restrictions.

En résumé il paraît bon quant à ces deux théories de se servir des formules claires et précises qu'en donne M. Cornil : La possession de Savigny, dit-il, est un composé de *corpus*, plus l'*animus*, plus un autre élément s'ajoutant à l'*animus* et dont l'existence ou l'absence fait la distinction avec la détention. Celle de Ihering, c'est simplement l'addition de l'*animus* et du *corpus* et la détention est le même rapport possessoire moins la *causa detentionis*, disposition légale qui fait obstacle à la possession. Dans cette dernière théorie, il suffit au possesseur de prouver le rapport extérieur, c'est au contestant de prouver l'existence de l'élément négatif; tout rapport possessoire constitue une possession proprement dite, tant que la preuve d'une *causa detentionis* fixée par la loi n'est pas rapportée.

l'absence du *corpus possessionis* d'où facilité pour reconnaître la possession. C'est ainsi que cet auteur obvie à la difficulté qui se produit dans la doctrine adverse quand une chose n'est pas sous la main de son possesseur, elle peut encore être en sa possession, s'il est habituel et dans l'ordre usuel des choses, de les avoir ainsi; par exemple, des outils agricoles laissés dans un champ, des bijoux serrés dans un coffre ou même égarés dans une maison, sont encore en la possession de leur maître, on peut les retrouver d'un moment à l'autre et ils sont toujours dans une situation conforme à leur nature économique; tandis que dans la théorie opposée, du moment que l'on ne peut plus reproduire l'acte physique de disposition exclusive de la chose, la possession est perdue.

On peut répondre que ces deux théories sont moins éloignées que l'on ne pense. S'il est impossible d'exercer sur la chose la disposition physique qu'elle permet, il sera probablement tout aussi impossible qu'elle se trouve dans un état normal permettant de lui donner son utilisation économique; et comme dans la théorie de M. Cornil les deux éléments marchent ensemble, ne peuvent être séparés, naissent et doivent s'éteindre en même temps, il est à supposer que dans le cas d'une chose perdue de telle façon qu'on ne puisse la retrouver, la possession en sera perdue également dans les deux théories. Si la chose est simplement égarée; pour les partisans de la théorie de l'*animus*, la possession ne sera perdue que lorsque le possesseur aura abandonné l'idée de la reprendre, et, pour les autres, seulement, quand quelqu'un d'autre aura acquis la possession. Cette seconde théorie ne fait pas perdre la possession par le simple abandon.

Il est à noter qu'en résumé, dans ces deux théories, on trouve deux éléments principaux pour qu'il y ait possession : *corpus et animus*; puis un troisième, sur lequel elles ne sont pas d'accord mais dont l'utilité se ramène à distinguer la possession de la détention, en regard des tiers.

En droit français, c'est encore l'influence du droit romain qui se fait sentir par le canal de Pothier, dont nos textes souvent ne font que reproduire les formules. C'est ainsi

que dans notre code, se trouve répétée sa définition de la possession dans l'article 2228 avec la seule adjonction de la possibilité de la possession d'un droit. Il exige le *corpus* et l'*animus* et pour la possession civile le juste titre et la bonne foi. Les mêmes conditions sont requises aujourd'hui. Nos textes sont courts et peu précis¹.

En principe le possesseur pour autrui n'est qu'un simple détenteur en conséquence de l'absence de l'*animus sibi habendi* et par suite, il n'a pas les moyens de protection possessoires; la jurisprudence, dans certains cas, est arrivée à recréer une « possession *ad interdicta* » soit, pour le fermier à qui elle accorde la réintégrande, soit même, en cas de meubles, au profit du dépositaire.

Pour expliquer ce retour aux conceptions romaines, M. Capitant dit : que sont simplement détenteurs précaires, ceux qui ont seulement la détention matérielle de la chose pour autrui et ne possèdent sur elle aucun droit réel; tels que l'emprunteur, le dépositaire; une autre catégorie de détenteurs précaires se trouvent à la fois détenteurs et possesseurs; ce sont ceux qui ont un droit réel sur la chose d'autrui; ce sont : l'usufruitier, le titulaire d'une servitude, l'emphytéote, le créancier gagiste et l'antichrésiste. Ils sont détenteurs précaires en ce qui concerne la propriété. Ils n'ont pas l'intention de se comporter en propriétaires de la chose sur laquelle ils exercent leur droit, ils n'ont pas l'*animus sibi habendi* et aussi longtemps que s'exerce leur possession avec ce caractère, ils ne peuvent acquérir la propriété de la chose (art. 2236). Comme possesseurs de leur droit réel, qu'ils exercent : usufruit, servitude, usage, gage, ils ont, non seulement le *corpus*, mais aussi l'*animus dominantis* et, les avantages de la possession, donc la possibilité de l'acquisition par longue occupation de ce droit. Ils sont d'une part, déten-

1. Aussi, faut-il faire une place à part à l'art. 2279 et noter à son sujet, qu'il confond la question de preuve et celle de fond, du titre. La question de titre et de la bonne foi ne fait qu'un; la première est présumée et la charge de la preuve incombe à celui qui prétend à la possession; mais la loi et la jurisprudence ont tempéré cette règle en exigeant que la possession soit de bonne foi et non équivoque art. 2229 et ss.; ce qui, en pratique, revient à prouver le titre d'acquisition et renverse la charge de la preuve.

teurs avec obligation de rendre et ont aussi cette intention, mais quant à leur propre droit, ils le possèdent pour eux-mêmes, en pleine possession non seulement contre tout étranger, mais même contre le propriétaire de la chose pour la durée de leur contrat.

Cette théorie nous rapproche sensiblement des droits saxons et de leurs dérivés au point de vue pratique et en théorie, ils ne sont pas aussi différents qu'ils le paraissent à première vue.

En droit allemand, sous l'influence d'Ihering, la théorie de la possession objective semble avoir prévalu dans la législation moderne et dans la doctrine. Le Code civil allemand et le Code hongrois qui lui est inféodé exigent seulement pour l'acquisition initiale de la possession la réalisation au profit de l'intéressé d'un véritable pouvoir de fait sur la chose; on n'exige ni conscience ni volonté de l'exercer, cependant l'article 872 vient quand même introduire une idée d'intention nécessaire, et Gierke, dans *Deutsche Privatrecht*, chap. II, p. 114, rejette, ainsi que Cosack et M. Cornil pour le droit suisse, la conception purement objective.

Il paraît bien que dans les systèmes réalistes, tout en refusant de faire de l'*animus possidendi* la condition indispensable et l'élément propre et distinct de la possession, on reconnaît cependant qu'il importe d'en tenir compte comme manifestation de la maîtrise de la chose d'après les usages courants (à distinguer du simple contact matériel des théories objectives pour qui le seul élément est l'existence d'une maîtrise de fait). Dans la mesure où, suivant les conceptions courantes cette maîtrise de fait peut exister sans la volonté consciente du possesseur, la possession sera acquise. Dans ces cas il faut une volonté présumée au préalable, et les deux théories convergent à ce point là, aussi bien pour ceux qui font de la volonté possessoire une condition formelle de la possession comme Gierke et Cosack, que pour les partisans de la théorie subjective pour tous la volonté préalable est suffisante, que le mandataire soit

général ou spécial¹. Par voie dérivée on permettra l'acquisition de la possession avant tout contact matériel (art. 854.2 c. civ. all.).

La convention translatrice de possession, l'accord de volonté ne sont alors considérés que comme élément du pouvoir de fait sur la chose, disent les intransigeants en cette matière en se basant sur l'article 1854 qui ne parle pas d'*animus possidendi*. Mais Gierke, de son côté, explique le silence de l'article 1854 du Code civil allemand relativement à l'*animus possidendi* par le fait que l'*animus* est uniquement la manifestation du pouvoir de fait; la loi ne prend en considération ce pouvoir que s'il est conscient et voulu; la loi exige elle-même l'*animus*; il s'agit d'une volonté non plus dirigée sur le droit mais sur le fait. En effet, l'article 867 implique nettement que le seul fait de pouvoir apparent n'est pas suffisant. Si l'on suppose, par exemple, un objet mobilier introduit par accident chez autrui, la *custodia* du maître, bien qu'une véritable maîtrise corporelle ne suffit pas à lui faire acquérir la possession. Mais le commerçant qui reçoit des marchandises non commandées, est réputé possesseur parce qu'il y a une présomption de volonté de sa part en raison de son habitude de recevoir des marchandises de cette manière. Il faut noter ici une divergence, Endermann, qui explique l'acquisition par le fait que cette présomption de volonté est attachée à la *custodia* ou dépôt provisoire.

M. Saleilles soutient très fortement cette opinion. Les auteurs, dit-il, sauf Endermann refusent la possession au maître de la maison, des objets laissés dans son vestibule par des visiteurs. Et pourtant, dans un restaurant si un chapeau est mis à un porte manteau, ces mêmes auteurs disent qu'il est sous la garde du garçon, à l'exception d'Endermann qui prétend que tant que le chapeau reste en vue de son propriétaire il est encore en sa possession. La contradiction apparaît d'autant plus forte, ajoute M. Saleilles, que tous sont d'accord pour dire que le fait

1. Il en serait de même dans l'exemple classique de la boîte aux lettres.

d'un voleur mettant dans la poche d'une personne un objet volé pour se soustraire aux poursuites (cette personne ignorant la chose) ne fait pas acquérir la possession de l'objet à cette personne; donc il est impossible d'attribuer au maître de la maison la possession de tout ce qui s'introduit sous son toit par le seul fait de cette introduction.

Tout dépendra de l'opinion d'autrui; un procédé accidentel de mise en possession n'a pas de valeur, seul le procédé normal peut en avoir sur le public.

C'est ici que nous voyons apparaître une seconde sorte d'élément de la possession, qui n'est pas un titre mais pourrait être appelé la réputation de titre; où ce qui importe est l'apparence habituelle déterminée par les circonstances environnantes, considérées par le voisinage comme ayant habituellement un tel résultat; c'est l'*usus* fait de se servir d'une chose conformément à sa destination, lequel dans les XII Tables, était le fondement de l'usucapion. Ce sera donc l'opinion ambiante qui déterminera la possession, par cause apparente et avouée, de l'entrée en possession, car le titre juridique est inconnu aux gens de l'extérieur.

Ceci se trouve admis dans le Code allemand où l'art. 855 décide que ce n'est pas le titre juridique par ses caractères abstraits qui détermine et fixe les caractères de la possession, c'est l'analogie de la situation juridique elle-même, avec les rapports de droit dérivant du contrat, qu'il soit de service, d'emploi ou de toute autre nature. En conséquence, il sera facile de comprendre que dans le système de droit allemand la plupart des détenteurs pour autrui aient désormais la possession, puisque, en apparence, ils se trouvent les maîtres de la chose, sans compter qu'ils ont à défendre, à l'égard de tous et même contre leur auteur, une situation de fait qui a par elle-même et indépendamment de toutes questions sur le fond du droit, une valeur économique¹.

Suivant l'article 754 du Code allemand, la possession est

1. Cette théorie est adoptée par M. Cornil.

acquise par l'obtention d'un pouvoir de fait sur la chose : « Die Thatsächliche Gewalt über die Sach ». C'est exprès que l'on n'a pas employé le mot « Inhabung », détention pour marquer que ce n'était pas toute relation de fait quelconque qui engendrait la possession ; l'expression employée équivaut en français à maîtrise de fait : celui-là est maître de la chose qui, d'après les idées ambiantes conformément aux mœurs et aux relations sociales, est considéré à l'extérieur comme celui de qui la chose dépend. La possession est donc la consécration par le droit de la simple apparence de fait ; ce que pense la collectivité est seul important, l'opinion d'un individu non.

Le droit est fait, avant tout pour consolider et consacrer ce qui apparaît comme produit nécessaire, des rapports de solidarité qui relient les hommes les uns aux autres, indépendamment de ce qu'ils peuvent vouloir en se dégageant et en se mettant à part de cet ensemble de relations complexes variées et hiérarchisées qui les englobent.

Dans ces conditions, on conçoit fort bien que l'*animus* n'ait de valeur que comme fait objectif dont l'opinion a besoin pour attribuer à autrui la maîtrise de la chose et en conséquence, il n'y a pas à s'occuper de la réalité vraie et subjective de l'élément intentionnel, son apparence suffit.

C'est alors que l'on se heurte à la pierre d'achoppement de cette théorie ! si la maîtrise de fait peut exister sans cet élément intentionnel, il n'y a pas lieu de s'en occuper mais peut-il exister sans lui ? Autrement dit, peut-on démontrer qu'il peut y avoir une maîtrise de fait sans intervention consciente et volontaire du possesseur. M. Saileilles dit que ce n'est pas possible. En effet, on ne peut concevoir un acte quelconque de commandement, ce commandement si limité soit-il en degré, qui ne soit et ne puisse être que volontaire.

L'exercice d'une maîtrise de fait sur une chose comporte forcément une idée d'exclusion des tiers qui leur impose l'obligation de ne pas troubler sa possession dans une sorte de commandement sanctionné par la loi.

De ce rapide coup d'œil jeté sur les deux écoles représentées parmi les droits continentaux, on peut conclure que d'une part, là où la possession est restreinte à une domination objective de la chose l'*animus* y entre encore comme élément quoique ce ne soit qu'un élément secondaire. Il est nécessaire d'abord, comme base de ce pouvoir de fait, puis ensuite, comme la possession et la détention sont assimilées au point de vue matériel, il faut introduire un élément de différence emprunté à l'*animus* pour les distinguer entre elles.

D'autrepart, dans les droits se rattachant à la théorie subjective, on trouve une tendance à se fonder d'avantage sur les faits matériels comme preuve de l'*animus*; ce qui montrerait que ces deux théories ont une influence réciproque et une inclination marquée à se rejoindre.

Et d'un autre côté, quoique en dise M. Saleilles, qui pense que les droits modernes tendent de plus en plus à n'admettre que deux catégories de possessions c'est, qu'au contraire, ce stade paraît passé et qu'aussi bien dans une théorie que dans l'autre le mouvement du pendule semble revenir dans l'autre direction.

C'est ainsi que l'on voit apparaître une possession *ad interdicta* dans la jurisprudence française et que de l'autre côté du Rhin on trouve maintenant trois classes distinctes de possesseurs : des possesseurs armés contre tout le monde des détenteurs indépendants assurés contre les tiers sur le terrain de la défense privée et sur celui de la défense judiciaire, mais désarmés contre le véritable possesseur; et enfin une troisième catégorie qui apparaît (parce que pratiquement nécessaire) celle des détenteurs désarmés vis-à-vis de tout le monde. C'est en effet fort difficile de donner à un simple domestique les moyens possessoires et de les retirer au maître. Là aussi, la théorie a dû s'incliner devant les nécessités pratiques. Ce qui concorde bien avec l'esprit de la législation allemande qui a presque posé en principe que les conceptions doctrinales doivent rester soumises à l'appréciation du juge et au développement scientifique et ne doivent pas faire l'objet de définitions légales.

En droit anglais, nous allons retrouver les éléments fondamentaux de ces mêmes théories, utilisés, développés d'une façon originale par la doctrine que nous étudierons en premier lieu.

Sir F. Pollock pose d'abord comme principe ainsi que nous l'avons vu précédemment que tout rapport légal est une affaire de droit et de fait mêlés. La question de l'existence de ces faits, ajoute-t-il, est très complexe et souvent doit être déduite et présumée plutôt qu'observée. Ceci nous fait toucher du doigt le côté empirique du droit insulaire et nous montre en outre que l'élément matériel doit être considéré comme le plus important.

La relation d'occupation ou de contrôle de la chose, d'après cet auteur, est la base de la conception légale de la possession; d'où, à première vue, peut-on croire que la possession est entièrement déterminée par la position de la chose dans l'espace. Cet élément corporel est primordial, mais toujours d'après ce même auteur, l'est au même degré la raison qui explique la situation dans l'espace de la chose en question; c'est ce que cet auteur appelle le contrôle physique.

Ce contrôle peut être actif et immédiat, c'est ce qu'il nomme l'absolu contrôle physique, par exemple dans le cas des choses qui se trouvent à la portée de la main, une plume, un livre, toutes choses étant dans la chambre où l'on se trouve.

Cependant il est des choses que l'on possède quoique suivant la conception courante elles ne soient pas sous un contrôle physique absolu comme les précédentes; telles sont des marchandises dans un entrepôt, ou une terre; l'occupant d'un champ ne peut être partout sur le champ à la fois et pourtant il possède certainement le champ entier, si grand soit-il; il en est de même pour des marchandises entreposées. Il faut donc, dit notre auteur, admettre qu'une autre sorte de contrôle absolu existe et puisse être exercé d'une autre façon, peut-être plus précaire car il ne dépend pas du maniement matériel de la chose. Mais aussi on peut trouver la situation opposée. C'est ce que mon-

trent les exemples suivant donnés par le même auteur : un étranger passant sur ce champ ne peut être dit qu'il le possède ni ne l'acquiert par le fait de son passage.

Si j'entre dans la chambre d'un ami et ne l'y trouvant pas, je m'assieds à sa table et écris une lettre, personne ne dira que j'ai la possession d'aucun des objets se trouvant dans sa chambre, pourtant la situation est la même que celle du maître de la maison qui rentre chez lui, qui, pour tout le monde, a la possession au moins de toutes les choses lui appartenant, et s'y trouvant. Si un voleur entre et emporte ce qu'il peut attraper, personne ne dira qu'il fut en possession, fut-ce pour un seul instant, de ce qu'il n'a pu prendre. En cette matière on peut aussi citer comme opinion judiciaire James L.-J. dans *Ex parte Fletcher*, 1877 : « Si un homme entre dans ma maison sans droit, il n'obtient possession d'aucun meuble ; s'il entre dans ma fabrique, il n'obtient pas possession de mes marchandises. Pourtant cet homme a bien toutes ces choses sous la main comme le maître de la maison. »

Il ressort de tout ceci que l'on peut avoir un contrôle absolu sans avoir la possession au sens où tout le monde la conçoit. Il faut donc quelque chose de plus, un élément autre que ce contrôle matériel qui est ce que les continentaux appellent détention, les Anglais la possession *de facto*.

Cet élément, suivant Sir F. Pollock, sera l'intention d'exclure les autres de la possession de la chose. Il y aura donc d'une part, une simple occupation ou contrôle matériel qui peut être jusqu'à un certain point effectif et de l'autre, une occupation exclusive ou contrôle exclusif pris dans le sens d'un pouvoir réel sans limites d'exclure les autres.

Mais ici il faut faire une réserve, c'est que ce pouvoir sans limites d'exclure les autres en pratique ne peut guère exister s'il s'agit seulement d'une question de force matérielle, on trouve toujours plus fort que soi et toute sécurité physique est finie, est limitée. Il faudra faire appel à un second élément subjectif, ainsi que l'auteur l'indique lui-même ; le respect de la possession comme de tout droit

repose sur une base morale et aussi sur la croyance que notre voisin respectera notre bien. Donc, une occupation sera suffisante quand, du point de vue pratique, elle empêchera et exclura tout étranger de troubler l'usage et la jouissance de la chose suivant les idées et coutumes courantes. Cette occupation variera suivant les choses et les circonstances. Comme le dit spirituellement sir F. Pollock, On ne met ni le thé ni les chandelles dans un coffre-fort. Inversement, les précautions à prendre par un banquier sont plus restrictives que celles incombant à un particulier. Tout dépendra de la nature de la chose et des circonstances environnantes. Il est impossible de donner des règles quand chaque cas forme un tout par lui-même.

Nous pensons maintenant que deux idées directrices ressortent de cet exposé.

Pour qu'il y ait possession il faudra : 1^o une appréhension matérielle ; 2^o un élément subjectif de volonté de contrôle dont la quantité nécessaire sera déterminée par les circonstances environnantes et le degré d'opposition rencontrée chez les autres et dont le résultat est d'obtenir leur exclusion de l'usage de la jouissance de la chose.

De ces deux éléments, c'est le concept exact de l'élément intentionnel qui est le plus difficile à définir.

L'*animus* requis, dit sir E. Pollock, est l'intention manifeste d'exclure en général toute intervention de toute personne sur la chose en question et en outre, d'agir ainsi pour son propre compte et en son propre nom *rem soli habendi*.

Pour rendre exactement l'idée de notre auteur, il faut remarquer qu'il adopte d'autre part la pensée de Terry (*Principles of Anglo-American Law*, p. 268) : « N'importe quel pouvoir d'user de la chose et d'exclure les autres, si peu important soit-il, suffira si, accompagné de l'*animus possidendi*, pourvu que personne d'autre n'ait l'*animus possidendi* et un pouvoir égal ou plus grand. »

Cette sorte d'*animus* exigé chez le possesseur semble être un composé hybride d'un *animus* du possesseur *sibi habendi* ou *possedandi*, plus un *animus* spécial *animus*

excludendi associé en outre à l'absence chez l'entourage d'un *animus contrarius* ou autrement dit, à la présence d'un *animus* collectif amical auxiliaire de celui du possesseur.

C'est ainsi que Sir F. Pollock, dans un autre passage où il se résume, dit : que trois ordres de faits doivent être déterminés pour savoir si une possession sans titre civil est valable.

Mais il faut d'abord expliquer pourquoi cette différence entre possession avec titre civil et la possession sans ce titre : « Possession is a root of title » est une expression consacrée. Par là on doit entendre que la possession naturelle est elle-même un commencement de titre. C'est de celle-ci, que parle notre auteur, par contraste avec celle où le possesseur peut se réclamer d'un auteur par titre légal, soit par contrat, soit par tout autre mode de dévolution. Il s'agit donc ici de la possession naturelle de Pothier.

Des trois points à étudier suivant Sir F. Polloch c'est : 1^o De quelle sorte de contrôle physique et d'usage est capable la chose en question au point de vue pratique.

Ce point, comme nous l'avons vu, dépend de la nature de la chose, des circonstances et de la manière dont on en jouit habituellement, ainsi que le dit Paul : *species infinitae*, D. 41. 2. 3. 21, il y a autant de possession que de choses en fait.

2^o Quelle est l'intention avec laquelle cet acte de contrôle physique est fait ? Sir Pollock fait, de cette différence d'intention, la différence entre le possesseur pour autrui et le possesseur *pro suo*. Ce serait une sorte de *causa possessionis* ; mais une *causa* apparente, ce n'est que l'intention apparente qui est prise en considération. Qu'elle soit pour une cause ou une autre, elle doit montrer un acte fait ou cru être fait en exercice ou en assertion d'un *dominium*.

3^o L'*animus* d'un tiers intéressé. C'est le point le plus compliqué comme nous l'avons vu. D'une part, il faut examiner si le possesseur actuel possède, suivant les idées et coutumes reçues, ce qui lui assure un titre, s'il n'en a pas autrement par un auteur quelconque. Mais d'autre

part, se pose la question : s'il n'existe pas quelqu'un, ayant un droit adverse ou plus grand ou au moins égal, qui pourrait détruire la première possession concédée seulement par une fragile apparence soutenue par l'opinion courante; concession si légère que peu de chose suffit pour la changer.

Voilà donc, d'après Sir F. Pollock, les éléments nécessaires et suffisants, pour constituer la possession naturelle donnant droit aux moyens possessoires contre tout le monde (*the world at large*) excepté celui qui a un droit préférable.

Quant à la possession civile, ce sera les mêmes éléments plus le droit ou, pour mieux dire, la possibilité de prouver que l'on tient la chose par voie de succession légale d'un auteur qui, lui aussi, la tenait de même; cette possession sera opposable contre tous sans exception (*against every one*).

Pour terminer l'étude de la théorie de Sir F. Pollock, il est encore un cas à examiner : c'est la perte de la possession. Mr. Wright dit à ce sujet qu'il semble qu'il n'y ait aucun cas où la possession une fois acquise puisse être absolument éteinte, excepté par destruction de la chose, soit en fait, soit en droit.

D'après cet auteur quoi qu'il ne soit pas nettement affirmatif à ce sujet, l'*animus contrarius* ne ferait pas perdre la possession dans le cas de l'abandon.

L'élément subjectif serait donc acquis une fois pour toutes. Sir F. Pollock, de son côté, sur le même sujet, dit que la possession physique peut devenir précaire une fois gagnée du fait des circonstances environnantes; elle est non moins réelle tant qu'elle dure. » Il donne comme exemple le cas de l'enfant et du brigand, exemple célèbre de Mr. Holmes¹. Tant que l'enfant n'est pas empêché d'agir, il a la possession; de même un banquier, qui laisse son coffre-fort ouvert a la possession tant que rien ne lui est

1. Cet exemple est donné par M. Holmes (*The Common Law*, chap. « Possession ») pour montrer que tout pouvoir physique a une limite. Le plus puissant des ruffians ne peut rien contre l'enfant qui jette un portefeuille avant qu'il ne puisse l'en empêcher.

pris. Il ajoute ensuite que la possession physique peut être perdue de différentes façons ; et même sans que personne ne l'acquiert, mais qu'il n'en est pas de même de la possession légale. A première vue il semblerait que les deux auteurs ne seraient d'accord que pour le cas de la possession civile, puisque Pollock semble admettre la possibilité de perdre la possession naturelle telle que nous l'avons définie un peu plus haut. Cependant on ne peut dire que ce soit là exactement l'intention de cet auteur, ce qu'il entend comme possession pouvant se perdre, dans d'autres passages de son ouvrage se référant à la même idée, c'est la simple possession physique ; ce qui est la détention pour nous ; détention matérielle sans aucun autre droit, ou pour mieux dire le simple *corpus*. Quoique la question puisse donner lieu à discussion, il semble qu'il ne s'agit ici que de possession civile ou même de possession sans titre légal, mais opposable à tous, excepté à celui qui a un droit préférable ; cette possession pourrait se perdre même par abandon de la chose. Bien que le test de la possession soit le contrôle exclusif, indivis et séparé de la chose et que cette règle soit au fond la base de son système. Il dit encore : « Le droit n'attache pas toujours des droits possessoires (*jus possessionis*) au contrôle physique et inversement quand ce contrôle ou possession physique coïncide avec la possession légale ; il ne s'ensuit pas que la perte de ce contrôle entraîne la perte de la possession légale. » Pour lui, la perte du contrôle n'est qu'un fait ; mais la possession légale étant un droit ne peut être, une fois établie, changée et transférée ou éteinte, que de certaines façons déterminées par la loi et elle continue jusqu'à ce qu'un de ces changements intervienne.

Comme nous le verrons, la perte ni le vol ne peuvent faire acquérir qu'une possession vicieuse à celui qui s'empare de la chose. L'abandon n'étant qu'une forme de la perte en fait, la possession, civile ou non, ne peut être perdue que par un transfert suivant la loi, la destruction matérielle de la chose ou par le fait qu'il se trouve un possesseur avec un droit antérieur préférable.

En résumé, le système de sir F. Pollock est basé sur trois éléments : un contrôle matériel, une apparence de droit sanctionné par la coutume, et tous deux reliés par un élément subjectif l'intention d'exclure les tiers. Ce dernier élément étant le plus important. Il pourrait même subsister en l'absence des autres.

Un autre auteur, Sir John Salmond, se base surtout sur l'*animus* pour établir la relation possessoire entre une personne et une chose. Ce doit être l'*animus possidendi* ou *sidi habendi*; mais il n'est pas nécessaire qu'il y ait un *claim of right* ; c'est à dire, une prétention à un titre légal. Ce qui revient à la division faite précédemment entre possession civile et possession naturelle; cette dernière ayant tous les avantages de la première sauf le risque de se heurter à un droit préférable. Cet auteur semble, au fond, adopter à peu près complètement la théorie de Savigny, quoi qu'il la critique; il exige un élément matériel : *corpus* et un élément subjectif, *animus*, la possession ne peut s'acquérir sans les deux éléments nécessairement joints et elle se perd par l'absence de l'un ou de l'autre. C'est ainsi que pour lui, un bijou perdu dans un jardin et impossible à retrouver n'est plus possédé car il n'y a plus de *corpus*; Cet auteur ajoute que pour acquérir il faut la connaissance actuelle. Si l'on achète un secrétaire avec un tiroir secret contenant une somme d'argent tout en ignorant l'existence de ce tiroir et la présence de cette somme; elle ne sera acquise que par la découverte.

Il ne diffère pas de Savigny parce qu'il demande l'intention d'exclure les autres. Bien que pour lui le véritable test n'est pas le pouvoir physique d'empêcher une intervention de quelque source qu'elle vienne. La possession est la sécurité de la jouissance et il est d'autres moyens d'atteindre cette sécurité que par une présence personnelle.

Il reproche à Savigny un manque de clarté : « Comment, dit-il, est-il possible pour la possession d'être faite d'éléments différents dans son commencement et dans sa continuation? Comment se peut-il qu'à son inception elle comprenne un pouvoir physique d'exclusion actuel tandis

que dans sa continuation elle ne comprend que simplement le pouvoir de reproduire cette première relation. La possession est un rapport continu entre une personne et une chose. Donc elle doit avoir du commencement à la fin la même nature essentielle. Mais quelle est cette nature ? Savigny n'apporte aucune réponse ; il nous dit comment elle commence et comment elle cesse, mais nous devrions savoir ce qu'elle est essentiellement et continuellement. En outre, sa théorie ne s'applique pas à des choses incorporelles comme des servitudes car il n'y a pas là d'exclusion et de pouvoir d'exclure¹.

Cette critique paraît pour le moins étrange ; il semble qu'il n'y ait aucune différence entre le pouvoir de reproduire une relation et cette relation même. Quant au pouvoir d'exclusion, il peut tout aussi bien s'exercer sur une servitude que sur tout autre droit puisque cet auteur admet que la sécurité de la jouissance n'exige pas la présence personnelle.

Mr. J. Holmes, dans son livre sur le *Common Law*², ne donne pas une définition de la possession mais commence parce qu'il faut pour l'acquérir : « To gain possession a man must stand in a certain physical relation to the object and to the rest of the world and to have a certain intent. » D'où dit-il, trois éléments : 1^o un rapport matériel par rapport à la chose ; 2^o un rapport envers son entourage ; 3^o une intention.

Cet auteur est des plus intéressants car, par sa critique des théories allemandes de Savigny et Ihering, il montre comment il les trouve insuffisantes et ne cadrant pas avec les besoins du droit anglo-saxon.

Il est surtout âpre contre Savigny dont il trouve la théorie de l'*animus* peu satisfaisante. Le type du possesseur romain de Savigny, dit-il, c'est celui qui est en train de devenir propriétaire. Ceci est contraire au droit insulaire où, pratiquement, il n'y a pas de différence entre le propriétaire et le possesseur civil. L'*animus domini*, ou

1. *On possession Jurisprudence.*

2. Chap. Possession.

intention de disposer de la chose comme un propriétaire, est nécessaire pour changer une simple détention en une possession juridique. Mais cet *animus domini* ou *dominantis* ou *dominandi* de Théophile, des Civilistes et des Canonistes allemands exclue le « bailor » (gagiste) et « le termor » (fermier) des possesseurs qui, en droit anglais, ont la possession.

Tout ceci, dit encore cet auteur, est le résultat de la philosophie de Kant qui conduit les juristes allemands à regarder l'intention nécessaire à la possession, comme primordialement égocentriste. La manifestation extérieure de sa liberté et de sa volonté l'a fait une partie de soi-même; il s'ensuit que le possesseur doit détenir pour son propre bénéfice ce qui ne cadre pas non plus avec le droit anglais.

Et voici son système ainsi qu'il l'expose lui-même¹ : « Les obligations légales sont logiquement antérieures aux droits. Le procédé du Droit est de limiter, de certaines façons, la liberté d'action ou la liberté de choix d'un plus ou moins grand nombre de personnes; tandis que le pouvoir de résister ou d'obliger à cette limitation, est généralement confié à certaines autres personnes; ou autrement dit, un droit correspond à une obligation mais ce n'en est pas un corrélatif nécessaire ni universel. De plus une large part des avantages dont jouit quelqu'un qui a un droit ne sont pas créés par le Droit². »

Si ce que le Droit fait, est d'exclure les autres, de les empêcher d'intervenir quant à la chose; il semblerait que l'*animus*, que le Droit requiert est seulement l'intention de les exclure. Mr. J. Holmes dit qu'un tel *animus* est tout ce que le *Common Law* déclare nécessaire et que, par principe, rien de plus ne serait requis.

D'après Mr. Holmes, la distinction entre la théorie anglaise et la théorie allemande, est que les Allemands exigent l'intention de s'approprier ou de disposer de la chose comme un propriétaire, et que dans cette intention, il y a bien l'intention d'exclure, mais aussi quelque chose de plus.

1. *The Common Law*, chap. « Possession ».

2. Ici entre en jeu la question des coutumes et mœurs.

En droit anglais le « bailee » a l'intention d'exclure, ainsi que le fermier (tenant) mais ni l'un ni l'autre n'ont l'intention de s'approprier¹. L'intention d'exclure n'a pas besoin d'être aussi extensive que l'impliquerait un *animus domini*. De même en *Common Law* le dépositaire est un vrai possesseur quoique son intention ne soit pas « self-regarding » et qu'il détienne seulement pour le bénéfice du propriétaire (Bridges v. Hawkesworth).

Mr. J Holmes examine ensuite ce qui est nécessaire pour continuer à garder le droit de possession : « Savigny, dit-il, pense que l'*animus* doit continuer et être un « constant pouvoir de reproduire à volonté les rapports physiques originaux sur l'objet. » Il voit dans ceci une ambiguïté de langage qui a conduit à une grande confusion de pensée.

Nous employons, dit-il encore, le mot possession indifféremment pour signifier la présence de tous les faits nécessaires pour la gagner, et aussi pour indiquer la condition de celui qui, quoique quelques-uns de ces faits n'existent plus, est encore protégé comme s'ils existaient encore. Il n'a été que trop facile de traiter la cessation de ces faits comme la perte des droits, ainsi que le font presque quelques écrivains allemands (Bruns) ».

On retrouve donc ici la même objection que celle de Sir John Salmond.

Dans la théorie anglaise, un droit une fois acquis fait comme partie de la personne de celui à qui il appartient. Cette idée a probablement une origine féodale; elle a pour conséquences, que les éléments mis en œuvre pour acquérir un droit, une fois ce droit acquis, sont considérés comme épuisés et ne pouvant se renouveler car, ils ne sont plus nécessaires. Tandis que dans la théorie subjective, le droit, n'étant pas lui-même une création s'intégrant à l'individu, mais au contraire, étant formé des éléments volontaires extériorisés par l'individu, cesse dès qu'un de ces éléments manque, sans qu'il soit nécessaire

1. Le « bailee » et le « termor » sont protégés contre tout étranger. M. J. Holmes, ici, serait donc de l'avis de M. Capitant.

2. Dans ce cas les juges du Common Law et les « Civilians » seraient d'accord, l'inventeur obtiendrait la possession le premier.

qu'une possession adverse se produise comme en droit anglais.

Une autre objection de cet auteur, pour repousser les doctrines continentales comme impuissantes à expliquer les règles du Common Law, est, qu'entre la possession et la propriété il n'y a qu'une différence de degré, non de genre.

Quant au *corpus* nécessaire, tous ces auteurs y compris Stephens dans ses *Commentaires* se rallient au test de prise de possession exclusive définie suivant les coutumes et sages courants quant à la chose en question.

Il nous reste à étudier ce que dit la jurisprudence dans une série inépuisable de déclarations.

Nous examinerons tout d'abord les éléments qu'elle requiert pour qu'il y ait possession, puis nous essayerons de voir si elle paraît se rallier plus spécialement à quelque théorie.

1^o Quant à l'acquisition matérielle proprement dite, c'est la règle de Coke qui est suivie pour les animaux sauvages et en conséquence pour toute *res nullius*. On peut obtenir possession des animaux *ferae naturae*, soit par industrie, soit *ratione impotentiae* et *loci*. Mais la poursuite n'est pas suffisante, il faut la complète réduction en possession.

Cette règle de Coke suivant Mr. Holmes est illustrée par l'affaire *Buster v. New Hick* 20 *Jonhson* N. Y. 75 cas américain où un renard fut pris en vue de celui qui le chassait, et *Young y. Hichens* décision anglaise (6. Q. B. 606) où des poissons, presque entourés par une seine trainée par deux bateaux laissant entre eux une ouverture de 17 brasses, furent jugés non réduits en possession, à l'égard d'un étranger qui dans un canot, ramant dans l'espace ouvert du filet, pût s'approprier légitimement partie de ces poissons, profitant ainsi du travail des autres¹.

Dans *Wiff v. Guifford*, pour un cas de chasse à la baleine; trois théories sont citées. Tout d'abord la coutume anglaise :

1. Cette règle paraît varier un peu de celle du digeste.

Si le premier pêcheur perd prise sur la bête après l'avoir frappée et qu'elle soit tuée par un second elle appartient à ce dernier¹. Puis deuxièmement la coutume des Iles Gallipagos : le premier qui a frappé, quoiqu'il ait perdu le contrôle du câble du harpon, a droit à la moitié de la bête quand elle est tuée par un autre. Et enfin troisièmement, Lawell J. donna la balcine, suivant une troisième théorie, au bateau dont le harpon le premier resta dans la balcine, pourvu que la réclamation fût faite avant que le second pêcheur n'intervienne. Lord Mansfield dit que si ce n'était pas ces règles coutumières, il y aurait un état de guerre perpétuelle entre les aventuriers. Dans tous les cas ce n'est donc qu'une question de coutume.

Dans *Blades v. Higgs* des pigeons et des lapins sauvages tués par un étranger sur la terre d'autrui furent déclarés être devenus la propriété du propriétaire de la terre. Ces juges ajoutent que si le braconnier les avait emportés il n'aurait pas commis un vol, seulement un « trespass » à la terre. En effet, il est dit, dans un cas suivant R : v. Townley : « On ne peut porter atteinte à une propriété qui n'existe pas encore ». Dans cette dernière affaire, un braconnier tua des lapins et les cacha dans un fossé. Il fut jugé qu'il avait retenu la possession durant l'intervalle de son absence par simple continuation d'intention ; cependant il fut admis par le juge que s'il les avait abandonnés sur le sol il en aurait perdu la possession et que si changeant d'avis il était revenu les chercher alors il aurait commis un vol. En ce faisant il aurait accompli une nouvelle prise de possession puisque entre temps la possession aurait été acquise par le propriétaire de la terre.

Cette même idée est suivie dans R. v. Foley et le *Larceny Act 1916* s. 1. 3. Foley avait fauché du foin le laissant deux jours où il était tombé, puis il revint le chercher ; il fut décidé par la Cour irlandaise des « *Crowns cases reserved* » que même s'il y avait intention continue il n'y avait pas de possession continue et que c'était un vol. Probable-

1. Mais si le premier pêcheur continue la poursuite, même après la rupture du câble du harpon, il a l'animal tout entier ; cette même règle ramène à celle du Digeste.

ment l'intention du maraudeur n'avait-elle pas été trouvée suffisamment claire. On ne peut invoquer que cette question d'équivoque pour concilier cette décision judiciaire avec la précédente¹ et celle de *R. v. Pect* où un homme employé à trapper des lapins en mit de côté dans un sac pour se les approprier. Le garde durant son absence les ayant marqués pour les reconnaître, il fut décidé que cette marque n'était pas suffisante pour les réduire en la possession du maître par le truchement du garde et que le trappeur n'était pas un voleur.

Ces décisions montrent bien la nécessité d'un élément matériel et d'un élément subjectif, de la part de l'acquéreur, mais aussitôt qu'une intention contraire est montrée d'une façon suffisante, c'est le droit préférable qui l'emporte. Entre donc ici en jeu, l'élément mentionné par Sir E. Pollock, de la nécessité de l'absence d'une possession adverse possible et non réclamée en temps utile. Autrement dit du *jus excluendi*.

Une assez curieuse question est celle qui fut soulevée quant aux rations de vivres données à un marin et non consommées par lui; peut-il en disposer? Ridley J. dit : (cf. 35 T. L. R. 381) Que le fait de les lui donner ne lui en passe pas la propriété; donc s'il en dispose il peut être accusé du vol. La chose est maintenant réglée par le « Army order » de septembre 1915 qui punit une telle disposition des vivres donnés aux soldats et marins.

Trois décisions très importantes doivent être examinées ensemble, ce sont : *Bridges v. Hawkesworth* 1851, *Elwes v. Brigg gas Co* et *Sharman v. South Staffordshire Water Co*, 1896, tant au point de vue du *corpus* que de l'élément subjectif requis pour acquérir la possession.

Dans la première affaire, un paquet de billets de banque fut trouvé par le demandeur, un client, sur le parquet de la boutique du défendeur : le demandeur les ramassa et les remit au défendeur, pour en retrouver le propriétaire. Celui-ci ne s'étant pas fait connaître au bout de 3 ans, le

1. Si l'on se réfère seulement aux règles relatives à l'acquisition des *res nullius*, mais ici entrent en jeu aussi les règles relatives à la « Realty ».

demandeur réclama les billets de banque que le défendeur lui refusa, se fondant sur ce qu'il en avait la possession. Le tribunal de première instance décida qu'il pouvait les garder.

La question était de savoir laquelle des deux parties avait eu la première, la possession.

Une autre question, qui ne vint pas à être discutée dans cette affaire, mais apparaîtra dans la suivante, est de savoir si le lieu où la chose est trouvée a de l'importance. Dans cette affaire, aucun des avocats du « *Queen's Bench* » ne basa son argumentation sur le fait que les billets avaient été trouvés dans une boutique.

L'avocat du demandeur assumait toujours qu'une boutique est pareille à une maison privée. Il cita un passage de Savigny, qui dit : que « tout cas de possession est fondé sur l'état de conscience de pouvoir physique illimité » ; comme le boutiquier n'avait pas connaissance de l'existence du paquet de billets de banque, il ne pouvait en avoir la possession.

L'avocat de la partie adverse cita aussi Savigny dans un autre passage où il dit, que la possession d'une chose peut être acquise simplement par le fait qu'elle a été délivrée à la résidence de quelqu'un quoique cette personne soit absente à ce moment.

Le juge Patterson dit à son tour : « Si une chose est apportée intentionnellement dans ma maison, elle est certainement en ma possession ». Il insista particulièrement sur cette intention de dépôt, ce qui n'était point le cas, ajoutant, que la place où la chose était trouvée ne faisait pas de différence en droit. Son opinion fut répétée de toute autre façon dans l'affaire de *South Staffordshire Water Co v. Sharman* où le demandeur, propriétaire d'un étang, employa les défendeurs pour le vider ; un des ouvriers des défendeurs employés à ce travail trouva sur le fond de vase deux anneaux d'or qu'il remit à ses employeurs à qui le tribunal de première instance donna la possession, se basant sur le cas précédent et sur celui de *Armory v. Delamare*, mais la Cour d'appel du « *Queen's Bench* » renversa la décision.

Lord Russel of Killowen répétant ce qu'avait dit le

juge Patterson le tourne de cette façon : « Que les billets ayant été laissés dans la partie de la boutique ouverte au public ne furent jamais sous la garde du boutiquier ni sous la protection de sa maison ». Ce qui est vraiment le contraire de ce que le premier avait dit.

Pour le savant lord, si les billets avaient été laissés dans un appartement privé ils appartiendraient au maître de la maison. Ceci lui fait adopter la théorie du droit d'exclure de Mr. J. Holmes, au lieu de celle de la connaissance qui était celle de Patterson lequel suivait Sir J. Salmond et Savigny au moins dans les grandes lignes.

Sir J. Salmond dit de cette affaire dans son livre déjà cité : « les « Common lawyers » et les « Civilians » seraient tous d'accord que l'inventeur obtint le premier la possession et pourrait la garder contre le boutiquier car il ne savait pas que la chose était là, et ne pouvait avoir l'intention de se l'approprier, et, ayant invité le public à sa boutique, il ne pouvait avoir l'intention de l'en exclure ».

Il semble donc avoir interprété la décision de J. Patterson de la même façon que Lord Russel of Killowen.

Tous les auteurs approuvent cette décision, Sir E. Pollock est d'accord avec Holmes. Cette décision est correcte dit-il parce qu'il n'y a pas de contrôle *de facto* par le boutiquier. Cependant son argument n'est pas très clair, il ne dit pas si c'est par manque de *corpus* ou d'*animus* (pour lui, la « caption », la prise est preuve de la possession des choses).

On ne trouve rien de tout cela dans le jugement, bien que cette théorie soit fort intéressante, celle que l'on y trouverait plutôt serait celle de Sir J. Salmond qui dit¹ : « Le demandeur avait un titre valable contre le défendeur étant le premier à acquérir la possession, le défendeur n'ayant pas l'*animus* nécessaire parce qu'il n'avait pas la connaissance de l'existence de la chose et ici la connaissance seule importe et non le fait que la boutique reste ouverte au public. » Mais, comme le remarque Mr. Goodheart (*Essays on Common Law*), Salmond se trouve mal-

1. *Op.* déjà cité.

heureusement en conflit avec les deux autres décisions judiciaires.

Ce dernier auteur pose une question intéressante : s'il s'agissait d'une chambre privée où la chose serait trouvée comment serait décidée la question ? Il ne pourrait y avoir *animus domini*, à moins que la chose ne fût connue.

Une intention d'exclure les autres de cette chose peut être contenue dans l'intention plus large d'exclure les autres en général, de l'endroit où elle est, et « sans connaissance de l'existence de l'objet ».

Malheureusement, dans le jugement, il n'est pas fait mention de deux espèces différentes d'intention et même il n'apparaît pas que la question fut considérée par la Cour.

La question d'avoir invité le public dans la boutique et en conséquence de ne pouvoir manifester l'intention d'en exclure les clients est même niée par la Cour, car le boutiquier invite seulement pour faire affaire et entend certainement exclure les clients de tout ce qui n'est pas nécessaire dans ce but — par analogie avec un ami entrant dans la chambre d'un autre.

La seule chose qui ressorte clairement comme *ratio decidendi* dans cette décision, c'est que le paquet n'était pas sous la garde du boutiquier parce qu'il ne devait aucune obligation au client perdant la chose.

Pour un aubergiste ce serait différent, en raison des lois spéciales régissant leurs rapports avec leurs clients.

Mr. Goodheart pense que cette décision est correcte, quoique la *ratio decidendi* ne soit pas très claire et qu'elle ne soit un précédent que pour le cas où l'occupant d'une terre (immeuble) n'obtient pas toujours la possession des choses s'y trouvant non attachées, bien que l'ancien possesseur en ait perdu la possession.

Pour lui, il est impossible de distinguer ce cas, de celui d'une maison privée où on a laissé tomber une chose (avec l'exception de la raison suggérée par Sir F. Pollock, de l'absence de contrôle *de facto* du boutiquier). Mais ceci est une question de fait probablement dépendant des circonstances de chaque cas, et notre auteur continue disant : « Mais en fait, le boutiquier a une sorte de contrôle neces-

saire, reconnu par le client lui-même en lui remettant la chose pour la garder et retrouver si possible le propriétaire, en effet, il est une présomption reçue par tout le monde qu'un client, tant soit peu honnête, remettra la chose au boutiquier sachant que c'est à lui que l'on s'adressera pour la redemander; le propriétaire comptant sur l'honnêteté attendue de chacun pour la lui laisser en garde, ceci ne peut être qu'une supposition, attendu qu'aucun des juges n'en parla.

Dans l'affaire *Elwes v. Briggs Gas Co*, un propriétaire avait donné à bail sa terre (bail de nature emphytéotique) avec réserve des « minerals », la Compagnie locataire entreprit l'érection d'un gazomètre et ce faisant, durant les excavations nécessaires, un bateau préhistorique fut découvert. La question était de savoir qui y avait droit entre le propriétaire du sol « lessor » et la Compagnie fermière « le lessee ». Chitty J. décida que le « lessor » était le premier en possession; que le bateau fut un « mineral » ou non, une partie du sol ou un meuble; le « lessor » y avait droit, parce qu'il était en possession légitime du sol *usque ad inferos* et il n'y avait aucune importance à ce qu'il ne connut pas l'existence du bateau.

Ici la théorie de Salmond est complètement repoussée et inapplicable. Le juge pour sa décision, s'appuie sur la théorie du « trespass » sans aucune référence à une théorie quelconque quant à la possession de l'objet.

Le « trespasser » ne peut acquérir un trésor trouvé dans ma terre, dit le juge, (nous verrons qu'il n'y avait pas de trésor et pas de réclamation par la couronne) « il doit me donner le trésor, non parce qu'il était le premier en possession, ce qui n'est pas le cas, mais parce qu'il ne peut être supporté retenir aucun avantage dérivé de son délit ». Sa théorie est toute pénale.

Cette décision est très difficile à faire cadre avec les autres; on ne peut nier, que le « lessee » ou fermier n'eut la possession et le droit de faire des excavations les, « minerals » étant seulement exclus.

Comme le savant juge n'a pas voulu considérer cette question de savoir si ce bateau pouvait être analogue à

un « mineral »; on reste forcément dans le vague à ce sujet.

Pour Sir F. Pollock la décision est correcte, car le « lessee » n'avait pas la possession *de facto* réelle et qu'elle appartenait au « lessor ».

Pour Holmes, il y avait intention d'exclure de la part du propriétaire.

La décision paraît surtout avoir été dictée par les règles de droit immobilier qui donnent au propriétaire tout ce qui est attaché à sa terre. Ces mêmes règles du droit immobilier expliquent aussi la décision de la Cour d'appel. Dans le « Sharman's case » 1896, le tribunal de première instance avait décidé que l'ouvrier avait un titre valable contre tout le monde, excepté le véritable propriétaire. Cette décision fut infirmée par le « Queen's Bench » en appel.

Sir J. Salmond dit au sujet de la décision en première instance que l'ouvrier est comme un domestique qui a trouvé pour son maître; et il donne comme confirmation l'exemple du menuisier employé pour ouvrir une boîte et qui doit en rendre le contenu à son employeur, raison qui fonde le droit des employeurs. Ceux-ci pourtant furent déboutés en appel par la raison même de ces règles immobilières citées plus haut.

En effet, lord Russel of Killowen dit, dans son jugement : « la distinction entre ce cas et celui de Bridges v. Haukesworth est que, ainsi que Pollock le dit page 41, la possession de la terre emporte avec soi, en général dans notre droit, la possession de toute chose qui est attachée dessus ou dessous cette terre et en l'absence d'un meilleur titre chez une autre personne, elle emporte aussi le droit de posséder et cela ne fait aucune différence que le possesseur connaisse ou non l'existence de la chose.

Il est laissé à quiconque requerrant une intention spécifique, comme élément d'une possession *de facto*, de traiter ceci comme une règle de droit positif. Il semble préférable de dire que la possession légale repose sur une possession de fait réelle, constituée par le pouvoir général et l'intention d'exclure une intervention non autorisée par l'occupant; ceci est la raison sur laquelle je préfère baser mon jugement ».

Lord Russel se sépare de Pollock en ce que les anneaux n'étaient pas sur la terre ni visibles ; les deux opinions peuvent se concilier en ce que, dans *Elwes v. Brigg* et dans *Sharman's case*, il fallait une intervention sur la terre, en admettant, que l'on considère que le fait de ramasser une chose par terre, puisse être catalogué un trouble (trespass) à la propriété. Ici M. Goodheart pense avec raison que l'on atteint un degré de subtilité vraiment trop grand¹..

Deux autres cas américains ; sont aussi intéressants à comparer avec les précédents ce sont : 1^o *Me Avoy v. Medina* II Allen 548 où un portefeuille fut laissé sur la table d'un barbier. Il fut décidé que le barbier avait un droit préférable à celui de l'inventeur ; il fut fait une distinction entre les choses laissées tomber par mégarde, et les choses placées volontairement sur un meuble, ce qui pourrait impliquer pour ces dernières la requête de les garder, de la part du propriétaire.

Dans *Kincaid v. Eaton* 98 Massa, 139 il y avait une offre de récompense pour un portefeuille laissé sur un pupitre à l'usage des clients dans une banque ; il fut jugé, que les occupants de la banque et non l'inventeur étaient les dépositaires propres d'un article ainsi laissé. Il faudrait donc comprendre dans ce cas que le public serait exclu des pupitres, comptoirs et tables excepté pour l'usage habituellement permis, pour de tels objets. Peut être aussi, le cas décide-t-il que le portefeuille n'était pas perdu dans les conditions de l'offre de récompense, car c'était là, l'objet vrai du litige. On ne peut donc conclure faute de précisions.

Un autre cas anglais est encore cité en cette occurrence, *R. v. Rowe*. Un tiers repêcha du fer d'un canal appartenant à une Cie, il n'apparut pas dans ce cas que la Cie connut l'existence de ce fer ni eut aucun « lien » dessus. Il

1. Dans *Barker v. Bates*, un madrier s'échoua sur la terre de A. qui par là fut jugé acquérir la possession contre B. l'inventeur qui entra sur la terre de Z. pour l'enlever,

ressort de la décision que le seul intérêt concernant la chose inventable dans un tel cas est l'intention générale d'exclure le public de l'immeuble et de ce qui est dessus ou dessous¹.

De ces nombreuses décisions, il semble qu'il appert qu'aucune théorie par laquelle toute chose se trouvant d'une façon ou d'une autre faire partie de la terre appartient au propriétaire du sol ; ce n'est qu'en cas d'accession et nous cherchions une théorie quant aux divers éléments de la possession.

Des trois doctrines mentionnées : celle de Mr. J. Holmes : on possède toutes choses se trouvant sur sa terre dont on entend exclure les autres ; celle de Sir Fr. Pollock : on possède toute chose dans ces mêmes conditions dont on a le contrôle *de facto* et de celle de Sir J. Salmond : on ne possède que celle dont on a actuellement connaissance et qu'on entend posséder ; il semble que c'est celle du Juge Holmes qui fut celle à laquelle pensèrent les juges ou du moins parurent se rapprocher.

Dans une autre série de cas relatifs à l'intention nécessaire pour la possession tels que le « Ashwells case » où un souverain fut reçu à la place d'un shilling demandé par l'emprunteur et gardé par lui ; la question étant de savoir quel élément mental était nécessaire pour obtenir la possession légale. Lord Coleridge dit « : tradition et réception sont des actes dans lesquels une intention mentale entre. Il n'y a pas en droit, pas plus qu'en sens vulgaire, une tradition et une réception à moins que le *tradens* et l'*accipiens* entendent respectivement donner et recevoir ce qui est donné et reçu ». Mais comme des 14 juges 7 furent pour et 7 contre, il est impossible de déterminer quel doit être le degré précis de concurrence nécessaire entre l'intention et les faits².

Un autre genre de décisions ajoute encore à la confusion. Dans plusieurs d'entre elles, on trouve des *dicta*

1. V. p. 86.

2. Nous verrons que dans un autre cas analogue *R. v. Middleton* les juges ne furent pas plus précis.

exigeant l'intention et la connaissance pour acquérir la possession; R. Woodrow, 1846; *The Killarney* 1861, etc... et même cette expérience fut étendue à l'acquisition du droit de posséder : *Durfee v. Jones*¹. Mais Mr. Holmes et Sir Pollock pensent que cette décision est mauvaise, mal redue et n'est pas conforme au jugement de Parke B. dans le « *Riley's case*² qui est considéré comme une autorité, et où il est dit; que la connaissance n'est pas nécessaire pour acquérir la possession tant que l'acte, par lequel on l'acquiert est lui-même un acte volontaire.

Ainsi que le dit si clairement Mr. Wright, la décision, dans ce cas n'est pas fondée sur ce qu'il n'y avait pas de prise de possession jusqu'à ce que l'accusé sut ce qu'il avait pris; mais, est fondée sur ce qu'il y avait une prise de possession 2^o un complet changement de main de la possession, et 3^o un « *trespass* » complet, du commencement, par la raison que l'accusé avait accompli son acte volontairement; sachant qu'il était en train d'emmener les agneaux, bien qu'il ne sut pas, qu'il en emmenait un de plus, qui n'était pas le sien.

La possession, ainsi acquise, est naturellement vicieuse, mais c'est toujours la possession donnant droit aux moyens possessoires contre un étranger.

De tout ceci, on est donc obligé de conclure que les juges anglais ne se servent des théories quelles qu'elles soient, qu'en ce qu'elles peuvent étayer leurs décisions particulières et en références aux deux doctrines principales du Common Law : le « *trespass* » et son succédané « *trover* » pour les meubles.

En fait, il est difficile de se rendre compte, quels sont exactement les caractères des divers éléments qu'ils requièrent pour qu'il y ait possession. Il ressort pourtant clairement, qu'un élément matériel et un second subjectif sont

1. Dans cette affaire un coffre fut acheté et envoyé au défendeur avec permission de s'en servir. Celui-ci y trouva un billet de banque qu'il garda et la Cour lui reconnut le droit de le garder.

2. L'affaire était celle d'un berger qui par mégarde emmena un agneau appartenant à autrui et l'ayant découvert le vendit avec les siens.

nécessaires. Mais ces deux éléments sont distinctement séparés, et, ce que comprend exactement l'élément subjectif n'apparaît pas très nettement dans les motifs des décisions que nous avons mentionnés. Ces distinctions psychologiques n'ont pas paru nécessaires pour décider le sens des jugements rendus, puisque la doctrine délictuelle y suffisait.

§ 2. — *Preuve de la possession.*

Pour déterminer quelles sont en droit anglais, les règles qui permettent de prouver la possession, il est plus simple et plus logique de prendre comme point de départ, ce que nos voisins appellent la possession légale; c'est-à-dire la situation qui, aux yeux de la loi, rend un homme possesseur envers et contre tous. La possession légale peut être définie largement : un état de choses accepté par la loi, créant des droits définis et de valeur commerciale. Cet état de choses est établi par certains faits déterminés par la loi et dont elle tient compte. Dans une définition aussi large rentrent aussi bien la possession civile telle que nous l'entendons, c'est-à-dire avec titre, que la possession naturelle, possession sans titre telle que l'entendait Pothier, ou mieux encore, la possession opposable à tous, excepté à celui qui a un droit préférable, telle qu'elle est entendue en Angleterre.

Le possesseur légal avec titre a les moyens possessoires sans aucune difficulté ni discussion; le possesseur naturel ou *de facto* ne les a que s'il prouve au juge un état de fait suffisant en droit pour soutenir sa demande; ou autrement il faut qu'il puisse prouver qu'il a le meilleur droit à posséder (*The better right to possess*) à l'encontre de son adversaire.

Le possesseur prétendant être tel, doit prouver, à la satisfaction des juges, certains faits tels, que ces juges les considèrent aptes à prouver la possession.

Ces faits varieront : 1^o avec la nature de la chose, car chaque chose a sa façon d'être possédée et 2^o suivant les

circonstances. Donc, deux séries de faits qui peuvent varier d'une façon presque indéfinie.

L'on trouve ici une décision fondamentale de 1721 et qui fait loi pour tous les cas suivants du même genre : *Armory v. Delamirie* (1 Strange 55. L'affaire était la suivante. Un gargon ramoneur trouva, par hasard, un bijou et le porta à la boutique d'un bijoutier, pour savoir s'il avait de la valeur. Il le remit à l'apprenti qui l'emporta dans l'arrière-boutique sous prétexte de peser les pierres, là il les dessertit ; puis, il appela son maître qui déclara au ramoneur que la monture valait 3d et les lui offrit. Le gargon réclama le bijou entier, monture et pierres ; l'apprenti lui remit la monture mais sans les pierres et le gargon intenta une action en « *trover* » pour se faire rendre la chose.

La règle fut ainsi établie par le Lord Chief Justice Pratt : 1^o L'inventeur d'un bijou n'en acquiert pas par l'invention la propriété absolue, (*absolute property or ownership*) ; mais il acquiert une propriété telle qu'elle lui permet de le garder contre tous, à l'exception du légitime propriétaire, et il a ainsi l'action de « *trover* ». Pour déterminer quelles pierres devaient être remontées dans la monture comme ni le ramoneur ni le bijoutier ne pouvaient prouver quelles pierres y étaient primitivement fixées, le jury était donc obligé d'admettre que ces pierres étaient de la plus belle eau, et qu'en conséquence, le bijoutier devait payer la valeur des pierres de la plus belle eau convenables pour cette monture ».

D'après cette décision, le simple fait de la possession matérielle ou contrôle physique est suffisant pour en assurer la possession contre tout étranger. Mais s'il y a des choses qui, comme les bijoux, livres, armes, chaises, tables, etc... sont susceptibles d'un contrôle complet, il y a d'autres meubles pour qui la situation se révèle moins facile. C'est déjà moins simple, pour les voitures, quoi qu'on puisse les transporter facilement ; un fusil de même est facile à emporter, mais les canons d'un cuirassé sont aussi des meubles, des armes quoique assez difficiles à manier et à transporter.

Un autre cas encore plus frappant est celui des navires et aéronefs. Depuis le plus petit canot jusqu'au plus grand transatlantique ce sont des meubles qui, par des moyens appropriés, mécaniques ou autres, sont susceptibles d'un contrôle d'une seule personne. Ce contrôle dit Sir Fr. Pollock ne peut être divisé de façon permanente, par contraste avec les terres et les immeubles qui, par définition, sont immobiles et peuvent, dit le même auteur, être divisés et subdivisés, par location, achat, expropriation, etc...

Pour comprendre ce que cet auteur veut dire, il ne faut pas oublier que les droits réels, en droit anglais, sont entièrement différents de ceux auxquels nous sommes habitués, surtout avant la réforme de 1925.

Ce que Sir Fr. Pollock veut dire, ce n'est pas qu'il est seulement possible d'avoir une copropriété sur un immeuble et qu'elle est impossible sur un meuble, ce qui serait faux, attendu que les navires, en général, appartiennent à plusieurs personnes, et, tout comme les immeubles, sont sujets à plusieurs sortes de droits. Ce qu'il entend est qu'en général, seules, les choses mobilières sont aptes à être contrôlées par une seule personne et de par leur nature ne peuvent que difficilement et par exception être détenues par plusieurs personnes à la fois. Il est vrai que cette idée paraît difficile à soutenir pour des meubles tels que des navires ou des aéronefs et à l'opposé on a vu des maisons être transportées d'une seule pièce. Mais Pollock ne veut considérer ces deux choses là que comme des exceptions à la règle générale.

Il serait peut-être mieux de dire que lorsque les règles furent établies elles correspondaient à des caractères physiques généraux que les découvertes et conquêtes scientifiques modernes ont fait varier et, par là, les ont fait se révéler un peu étroites. Ce qui entraîne l'obligation d'admettre certaines fictions pour faire cadrer ces règles avec les situations exceptionnelles, conséquences normales des changements que doit supporter le droit pour s'adapter aux conditions nouvelles de la vie, qui, étant toujours en mouvement entraîne avec soi tout ce qui est basé sur elle.

C'est cette complexité, comme le remarque Sir F. Pollock, qui rend difficile, quelquefois, de dire si la possession est le résultat normal de la possession naturelle se trouvant ainsi prouvée, elle-même, par l'accomplissement des conditions requises pour cette dernière, ou, si elle est conférée par une règle spéciale de droit qui, en même temps, en fixe les conditions d'acquisition et de preuve. Il faudra, dans ce deuxième cas, prouver que ces conditions requises pour acquérir la possession ont été remplies. Dans l'un et l'autre cas, c'est une question de faits à prouver; question dépendant primordialement de l'existence des éléments nécessaires pour avoir la possession. Ce qui revient à prouver les éléments de cette dernière.

Les combinaisons de faits possibles sont innombrables, sa gradation, que peut recevoir le pouvoir manifesté et la volonté de l'exercer pour soi-même peut-être infinie. Dans certains cas l'un de ces éléments, si ce n'est les deux, peut devenir si faible et si difficile à déceler que l'on peut dire seulement qu'il doit exister, car les habitudes générales, l'opinion ambiante et les coutumes courantes permettent cette supposition.

Omnia ut dominum gessisse, C. 7. 32. 2. devra donc être pris comme un excellent synonyme de *in possessione esse*. Il est généralement accepté comme des plus applicable en Angleterre où l'origine de la possession se trouve dans la saisine elle-même, basée sur l'opinion publique d'après les actes du possesseur supposé.

Cette preuve, dans certains cas, pourra être celle d'actes successifs ou d'une série d'actes; car à l'exception de certains meubles suffisamment petits pour être portatifs et de par leur utilité toujours à la portée de la main et qui peuvent être considérés comme jamais hors du contrôle immédiat du possesseur; comme toutes les choses que nous avons dans notre maison et à portée directe de la main dont la possession matérielle aussi bien que l'élément intellectuel ne forme pour ainsi dire qu'un acte continu, de sorte que la question de preuve ne se pose pas pour une telle possession,

Si l'on passe à des cas moins simples, l'on trouve alors des actes successifs qui peuvent se trouver séparés par de longs intervalles où même la série peut être complètement interrompue. La preuve de la première viendra dans ces cas dans la coutume générale d'un de ces objets de cette façon là¹.

Vu la complexité de la question, on ne peut que citer quelques opinions pour montrer l'application pratique de ce qui a été dit « By possession is meant possession of that character of which the thing is capable ». Lord Fitzgerald (*Lord advocate v. Young* 1887).

« What acts amount to a sufficient occupation must depend upon the nature of the soil and the uses to which

1. Avec les partisans de la théorie de Savigny on peut dire que l'*animus* continue et qu'il est suffisant et ainsi parle le Digeste pour des herbages alpestres. En droit anglais quoique la théorie d'Ihering ne soit pas complètement admise ni celle de Savigny complètement repoussée et que l'on se serve de l'une ou de l'autre, s'il en est besoin, on ne peut dire que l'une ou l'autre serve de base à la notion de possession, ni même qu'une théorie mixte ait été élaborée par les Cours.

Si l'on examine attentivement la jurisprudence anglaise qui forme le fondement même du Droit, on trouve comme base du concept possession, l'opinion publique; c'est ce que croit et pense Monsieur tout le monde qui devient une vérité juridique; plus que partout ailleurs ici, pourrait s'appliquer la maxime : *error communis facit ius*. Ce qui se conçoit d'autant mieux qu'il suffit qu'une décision judiciaire soit interprétée d'une certaine façon pour qu'ensuite il devienne à peu près impossible, en raison d'une suite d'applications de la règle ainsi établie de revenir sur ce qui a été fait; quoique en fait, l'interprétation soit arrivée à dire justement le contraire de ce que disait la première décision.

Pour en revenir à cette base de la notion de la possession reposant sur l'opinion ambiante qui se trouve être aussi la base de la preuve de la possession et pour déterminer ses éléments, trois points doivent être étudiés : l'étendue, la direction des actes et l'acquiescement tacite ou non intervention de la part de ceux qui auraient pu le faire; s'ils en avaient eu le droit. Ces trois questions ne peuvent être déterminées par des règles fixes car elles n'en suivent aucune; tout étant une question de bon sens et aussi de flair juridique, car tout est empirique, chaque cas étant lui-même une espèce qui devrait être déterminée par ses règles propres.

C'est là ou jamais le moment de remarquer avec M. Allen, que le juge est beaucoup plus un homme et même un homme du monde, qu'il n'est cru être ordinairement, dans l'exercice de ses fonctions; car en pratique, le plus souvent, il applique les règles morales et autres qu'il tient de son éducation, de son milieu, et aussi des expériences que les hasards des circonstances ont mis sur sa route.

Ainsi que le dit l'auteur cité, un juge, qui a une automobile ou l'habitude de voyager en chemin de fer, ne jugera pas de la même manière qu'un juge sédentaire, dans un cas où l'un et l'autre de ces moyens de locomotion sera en cause.

it is to be applied » (*Cook v. Rider* 16 Pick Mass. 186) (cas américain).

Des actes de dominion, sur une partie de la chose disputée, peut être preuve de la possession *de facto* sur le tout, comme en droit romain (*Parke B. Jones v. Williams*).

« Chaque fait est important, mais n'est pas lui-même une preuve et son poids dépend des circonstances qui l'entourent, et une des circonstances des plus importantes est, que ceux, qui avaient intérêt à disputer la possession, connurent l'accomplissement de cet acte et n'intervinrent pas contre » (*Lord Blackourn dans Lord Advocate v. Lord Blantyre* »).

« Chaque cas dépend des circonstances particulières l'entourant » (*Lord Watson dans Lord Advocate v. Young*) Et même dans le même cas il est dit encore : « En général, une occupation ou usage qui, de prime abord, n'apparaît pas exclusif, n'est pas preuve de la possession naturelle, à moins que la nature de l'objet soit telle, qu'une possession en usage exclusif ne soit pas possible. »

Et enfin Sir F. Pollock remarque : « Dans les colonies anglaises et surtout aux Indes, les faits sont plus considérés que les témoignages ». Et quant à la question brûlante de la possession des choses qui ne sont pas immédiatement à la portée de la main, il dit : « qu'il faut faire confiance » « to the general forbearance from trespassing which the world at large may be expected to observe » envers la propriété des autres¹.

En résumé, la preuve de la possession n'est qu'une preuve de faits, et contre tout étranger la possession matérielle est preuve de possession.

Dans le cas de conflit entre deux possessions, aucune des parties n'ayant de titre proprement dit, c'est celle qui aura gagné la possession la première qui gagnera le procès. Encore une question de fait à prouver.

L'exemple typique est l'affaire *Ascher v. Whitelock* où il était question d'une maison. Comme les règles relatives aux meubles sont copiées sur celles se rapportant aux immeubles, cette décision est importante. Cette

1. Op. déjà cité.

maison avait été occupée, pendant un certain temps, par une personne qui y mourût; un de ses parents croyant être l'héritier et y avoir droit s'y installa. Peu après le véritable héritier apprenant son droit demanda qu'on lui rendit la maison en question. L'autre refusa plaissant que comme le premier possesseur avait été un *dejiciens* par rapport au véritable propriétaire, son héritier dépossédé, ou pour mieux dire qui n'avait jamais eu la possession, ne pouvait réclamer aucun droit sur la maison.

Il fut décidé par la Cour que le fait, que le premier possesseur avait été un *dejiciens*, ne changeait rien à la valeur de son droit ni à celui de son héritier et que, celui-ci avait un droit préférable en face du second.

Ce cas est intéressant à deux points de vue : il montre d'abord, que la possession est un droit qui passe à cause de mort, et ensuite, qu'entre deux possessions de fait en conflit, c'est celui qui a possédé le premier qui a gain de cause. On voit aussi par là qu'en droit anglais il n'y a pas de différence entre le possessoire et le pétitoire qui sont confondus dans la même action¹.

1. Distinction qu'abominent en général les auteurs anglo-saxons, et contre laquelle fulmine entre autres Mr. J. Holmes, comme étant une complication inutile et qu'il se félicite de ne pas voir dans le droit anglo-saxon.

Pour les meubles en droit français suivant la règle de l'art. 2279, c'est la même chose qui se produit.

Cette règle a ceci de remarquable, qu'elle fait une confusion voulue entre les conditions de forme relatives à la preuve, et les conditions de fond relatives à la question du titre; elle les englobe dans une même règle, d'où une simplification extrême.

Il n'y a pas de preuve spéciale à faire; le titre aussi bien qu'un transfert ressort de la possession même. Si elle était une présomption absolue, pratiquement, elle équivaldrait à un titre constitutif de droit. L'*animus possidendi* n'est pas nécessaire d'après elle; la possession à titre de propriétaire, dans bien des cas, est indépendante du titre d'acquisition, par exemple, le voleur a la possession à titre de propriétaire mais sans titre.

Pour obvier aux injustices qui pourraient se produire par l'application stricte de la règle, la pratique a introduit les conditions exigées de bonne foi et de l'absence d'aucun vice. Ce qui en cas de titre putatif renverse l'effet de la règle et ne lui fait plus jouer qu'un rôle probatoire.

Ainsi que le remarque M. Saleilles, cela revient à dire que la règle de l'art. 2279 est un principe souple et flexible variant d'intensité avec l'hypothèse. Il vaut comme titre d'acquisition, là où on ne prouve ni mauvaise foi ni précarité, ni rapport de juxtaposition de possession. Dans les cas où il y a un titre nul putatif ou absence complète de titre, il vaut seulement comme présomption de titre, et le demandeur n'a qu'à faire la preuve du défaut de titre.

§ 3. — *Titre résultant de la possession.*

« Possession is a root of title » est une expression consacrée en droit anglais et même passée à l'état de maxime. Par elle, il faut entendre que la possession naturelle, au sens où l'entendait Pothier, peut servir de base pour créer une possession supérieure en degré : la possession civile.

On trouve encore une autre expression « Possession in Law » que l'on considère comme un titre par elle-même. Cette dernière peut être employée dans le sens de la première, mais de plus, peut aussi vouloir dire la possession civile telle que nous l'entendons avec tous ses avantages.

De toutes façons on peut dire, qu'en général en droit anglais, la « possession » est un titre par elle-même.

Pour supporter cette opinion, on trouve non seulement toutes références voulues parmi les écrivains, mais aussi, toutes décisions et *dicta* que l'on puisse désirer. Il suffira de citer Sir Rr. Pollock parmi les auteurs¹ : « La possession est un droit substantif (ou « interest » qui existe, qui a des conséquences légales et des avantages à part du titre du véritable propriétaire. Elle est donc, par elle-même, une sorte de titre, et, c'est un développement naturel du droit, qu'un propriétaire soit capable de disposer de son « interest » apparent de la même manière qu'un propriétaire, non seulement par des actes matériels mais aussi par des actes juridiques, et que ces actes soient validés contre tous ceux qui n'ont pas un titre meilleur. » Et parmi les décisions judiciaires : *Bridges v. Hawkesworth* 1851 où l'on trouve le *dictum* suivant : « Le demandeur remarqua le paquet de billets de banque et le ramassa, par là il acquit possession en fait et en droit et un droit limité valable contre tous ceux n'ayant pas un meilleur titre. »

« Dans *Elwes v. Brigg Gas Co* 1886 on peut citer : « Le demandeur avait la priorité de droit « prior right » à la possession et ne s'en était pas départi par son bail. »

1. *Op.* déjà cité part. II, § 17.

Dans *Asher v. Whitelock* 1865 « La possession étant une fois admise comme « root of title », toute possession, chaque possession crée contre les intrus suivants un titre avec tous les avantages et les charges du vrai titre. »

Lord Kenyon C. J. dans *Graham v. Peal* 1801 : « Toute possession est une possession légale contre un déjiciens... Sous la vieille procédure un possesseur actuel dépossédé pouvait maintenir l'action de « trespass » pour trouble à sa possession, poursuivre en « trover » en raison de son droit à posséder... « autrement dit, la possession est équivalente à un titre contre un simple intrus. »

Ce qui est frappant dans tous ces passages cités, c'est que tous ces savants juristes parlent toujours d'un droit préférable en comparaison avec un autre : autrement dit, le « better right to possess ».

Dans une autre série de citations on voit que ce meilleur droit à posséder l'emporte toujours sur cette possession de fait ou possession naturelle comme l'aurait appelée Pothier, mais, par contre, doit toujours céder devant le titre du possesseur légal.

C'est ainsi que Sir F. Pollock dit : « La possession *de facto* suit immédiatement la réputation du titre. Ordinairement la possession en droit est adjugée au vrai titre dans le cas où la possession matérielle est contestée ou ambiguë et en cela, le droit ne fait que développer et confirmer l'instinct pratique de l'espèce humaine.

La règle, que là où la possession de fait est incertaine, indéterminée, la possession en droit suit le droit, à posséder, ou plus brièvement, que la possession suit le titre, fut énoncée en 1847 par ce *dictum* du juge Maule dans *Jones v. Chapman* : « Il me semble qu'aussitôt qu'une personne a droit à la possession et prend possession en assertion de son droit, ou ce qui est la même chose, quand une personne entre en possession par ordre du propriétaire légitime ; la loi fait immédiatement passer la possession actuelle à cette personne. S'il y a deux personnes dans un champ prétendant chacune qu'il est à elle et chacune fait quelques actes en assertion de son droit et si la question de savoir

laquelle des deux a la possession actuelle? Je réponds la personne qui a le titre a la possession et l'autre est un simple intrus. »

Cette règle dit clairement : qu'entre une possession naturelle et une possession avec titre, c'est cette dernière qui l'emporte, mais on ne sait pas quel est le titre nécessaire et suffisant pour cela.

Dans le cas de conflit entre deux possesseurs avec titre Littleton n'est pas plus clair, s. 701 : « Quand deux personnes réclament une même terre et que l'une prétend par un titre et l'autre par un autre, la loi donnera la possession à celui qui a droit à posséder. » C'est un vrai cercle vicieux. Et « cette règle s'applique » dit Newton 19. H. VI. 28 b., « aussi bien quand une partie a un droit à posséder absolu mais aussi quand elle a un droit relativement meilleur à posséder que celui d'un autre ».

Suivant Perkins, cette règle pourrait même être appliquée contre le *verus dominus*, ou autrement dit, la possession suivrait au besoin un titre dûment dérivé d'un droit antérieur quoique simplement possessoire contre tout autre titre.

Une réflexion de Sir F. Pollock aidera à débrouiller cet écheveau¹ : « Le seul moyen pour un propriétaire qui veut disposer de sa terre... et qui voit son droit d'en disposer disputé... c'est de montrer que lui-même et ses auteurs ont possédé cette terre pour un temps suffisant pour exclure toute probabilité raisonnable d'un droit adverse préférable.

Il faut donc revenir aux règles du « conveyancing » les règles relatives au transfert des terres; puisque, en fait, c'est du droit immobilier que vient tout le système possessoire.

Le vendeur de terres anglaises doit fournir à son acheteur ce que l'on appelle un titre suffisant, c'est-à-dire qu'il doit pouvoir montrer en remontant sur un certain nombre d'années que la terre en question ou, a toujours

1. *Op. déjà cité*, part. II, chap. III, 317.

été en sa possession, ou, a toujours été transférée correctement jusqu'à ce qu'il arrive à un titre qui soit inattaquable, soit par la longueur de temps, soit autrement.

Pour les meubles, il en sera de même en cas de conflit entre deux tiers à moins que des exceptions légales ne viennent donner un titre inattaquable immédiatement, ce qui peut se produire dans certains cas où le sous-acquéreur est protégé, alors que l'aliénateur reste responsable par exemple l'affaire *Buckley v. Gross* 1863, cas où le demandeur avait, sans droit, pris du suif qui lui fut enlevé par la police suivant la loi réglant les droits du « Receiver of Police »; celui-ci le vendit et il fut décidé que l'acquéreur ne pouvait être inquiété par personne et que le « Receiver » ne devait rendre compte qu'au véritable propriétaire.

Nous verrons d'ailleurs qu'il y a fort peu de cas où le *verus dominus* soit sans recours.

Donc dans le cas de conflit entre deux titres différents c'est le meilleur qui l'emporte soit par priorité, soit par exception légale.

Dans le cas de conflit entre possession naturelle et possession avec titre, c'est le titre qui l'emporte naturellement et la preuve incombe à celui qui n'a pas la possession matérielle.

Il reste donc la question du conflit entre deux personnes ayant un titre du même auteur, par exemple entre un acquéreur et un locataire; c'est le cas auquel se réfère Perkins : ici il faut distinguer si il y a conflit entre une personne ayant acquis un droit temporaire et une autre ayant acquis un droit absolu, dans ce cas il est clair que l'acquéreur du droit absolu ne l'acquiert que soumis au droit de l'autre et qu'il doit lui laisser la chose pour le temps auquel il a droit.

Mais si le conflit est entre deux personnes ayant acquis le même droit comme dans le cas de deux acheteurs de la même chose du même vendeur, la question semble une pas avoir reçu de réponse décisive car d'après le « Sale of Goods Act de 1893 », le vendeur resté en possession, quoique la propriété de la chose soit passée à l'acheteur en

a encore la possession légale et peut valablement la transférer à un second acquéreur de bonne foi. Ceci est d'ailleurs un des rares cas où la bonne foi protège le sous-acquéreur, car ainsi que nous le verrons au long de cette étude, la bonne foi telle que nous l'entendons, c'est-à-dire la croyance au titre de l'aliénateur ne sert à rien en général, si ce n'est à protéger celui qui excipe d'une exception légale en prouvant qu'il n'a pas été partie à une fraude ou un dol.

§ 4. *Objets susceptibles de possession.*

A différentes époques des doutes ont existé quant aux choses qui sont réellement objet de possession corporelle et par corollaire, sur les choses susceptibles de possession au sens large du mot.

Pour les vieux auteurs comme Littleton et Coke les choses pour être susceptibles de possession doivent être capables : de « manual occupation, possession or receipt » c'est-à-dire des choses que l'on peut appréhender corporellement ou qu'une sorte de fiction permet de considérer comme étant appréhendées de cette façon (Littleton 1.10-Coke 19. a).

Il est bien établi dans les vieux livres que l'on peut avoir possession des rentes et services inhérents aux tenures de « freehold ». Sir Fred Pollock dit aussi, se basant sur l'octroi de l'action de « trespass » qu'en cas de tout droit incorporel sur un « real estate » consistant ou admettant d'une jouissance exclusive, l'exercice de *facto* de ce droit équivalait à la possession.

Mais de là il ne faut pas conclure que les Anglais aient connu une sorte de quasi-possession de ces droits incorporels portant sur des immeubles assimilables à la théorie romaine correspondante, car dans le sujet qui nous occupe, il n'y eut jamais de doute quant à la nature de cette possession, attendu que ces droits « rents et services » étaient considérés comme des choses tenant de la nature de la terre; pour en obtenir la saisine il fallait user d'une sorte de transfert analogue à celui employé pour les terres.

Et pour que cette saisine fut complète il devait y avoir une sorte de prise de possession *de facto*, telle que la chose le permettait : pour la terre, c'était l'« entry » pour la rente le « receipt » reçu actuel de quelque partie de cette rente.

En droit primitif les rentes étaient regardées comme partie de la « realty » et capables de possession et de saisine, pouvant être récupérée, comme la terre par une « assize » Y. V. 21. H. VI. 8.

D'où il s'ensuit que de ce fait ne pouvait naître une théorie semblable à la quasi-possession romaine; il faut aller la chercher plus loin.

Sir J. Salmond dans son livre sur la *Jurisprudence* pense que « beaucoup de droits peuvent être sujets de propriété mais ne peuvent être possédés généralement.

Les « transitory right » qui n'admettent pas un exercice continu, n'admettent pas non plus de possession, car ils ne peuvent être exercés sans être par là détruits entièrement, donc ils ne peuvent être possédés.

Un créancier ne possède pas la dette qui lui est due, mais une servitude (easement) est possédée parce que son exercice et son existence continue sont conformes l'un à l'autre.

En général les *jura in personam* en tant qu'opposés aux *jura in rem* n'admettent pas la possession.

Il rappelle que l'exercice répété est équivalent à exercice continu, c'est pourquoi les obligations peuvent être possédées : « rents », annuities », « bonds », service du domestique possédés par le maître.

Cette explication ne peut être acceptée car elle est illogique et va à l'encontre des faits historiques.

Ce n'est pas le fait de continuité qui fonde la possession quoique Coke dise qu'elle doit être longue, paisible et continue (Co. Litt. 113 a.) à l'imitation des Romains ce n'en est qu'un caractère.

Pour trouver une explication raisonnée de l'impossibilité de la possession des droits incorporels ne provenant pas de la terre il faut revenir à ce que rapportent les historiens.

L'action de « trespass » protégeait la possession des

meubles comme des immeubles, là où l'action était accordée il y avait possession sans aucun doute; ainsi que nous l'avons vu en droit primitif anglais, la règle était *ubi remedium; ubi jus*. Donc, quand il n'y avait pas lieu à l'action de « trespass » on disait qu'il n'y avait pas possession; et pour des contrats ou obligations l'action en cas de rupture était une action en dommages quand il ne s'agissait pas d'une somme liquide ni d'une chose déterminée, pour lesquelles deux autres actions particulières existaient. De plus il faut ne pas oublier l'influence que les Cours ecclésiastiques et l'« Equity » ont exercé sur cette matière, d'où des règles bien différentes créées sans coordination suivant les besoins du moment, ce qui apparaîtra encore plus avec l'histoire de la distinction des « choses *in action* » et des « choses *in possession* ».

Les secondes sont, dit Goodeve, des choses dont on peut avoir la possession actuelle et matérielle et qui peuvent être transférées par une tradition. Autrement dit les meubles corporels. Pour ceux-ci l'action de « trespass » peut être intentée, donc il y a possession.

Les premières par contraste avec celles-là sont dit, le même auteur tous droits d'espèces variés qui ont pour commune caractéristique¹ « qu'ils ne confèrent pas la présente possession d'un objet tangible² ». « Le sens de l'expression doit être déterminé d'après le contexte car quelquefois elles dénotent aussi bien des droits essentiellement incorporels de nature que ceux d'une personne ayant droit à la propriété » (« right to possess » dans son acception la plus extensive) ou l'objet même de ces droits ou encore l'instrument, le document qui en fait preuve. (Elph, Intro. ch. 7, p. 2).

En principe il vaut mieux dire comme Blackstone (2BI 389) « la propriété dans les meubles peut être soit « *in possession* » là où un homme a non seulement le droit de

1. *On Personal Property*, p. 153.

2. Elles comprennent leur sens étant très large et largement interprété, des droits qui pour nous n'ont absolument rien de commun.

jouer mais a aussi la jouissance actuelle de la chose; soit « *in action* » quand il a seulement un simple droit « nu » sans occupation ni jouissance » ce qui d'ailleurs inclut aussi la possession médiate.

Mais il y a une grande différence entre celle-ci et le droit d'un créancier, par exemple le possesseur médiat peut vendre l'objet; il a aussi les moyens possessoires comme nous le verrons contre un étranger et même contre le possesseur immédiat dans certains cas.

Tandis qu'une personne à qui une somme d'argent est due ne peut pas en principe en « *Common Law* », quoiqu'il en soit autrement par la loi et en « *Equity* », transférer son droit de poursuivre (pour transférer la créance) à un autre¹.

Les choses « *in action* » sont dites « *legal* » quand les moyens de protection venaient du « *Common Law* ». Celles-ci en général ne pouvaient pas être transférées car il n'était pas possible en « *Common Law* » au cessionnaire d'une créance de poursuivre en son propre nom le cédé. Parce que dit Coke, dans le « *Lampet's case 1612 10 rep. 48 a* » cela multiplierait les disputes et procès, et serait de grande oppression pour le peuple et de subversion dans l'égalité exécution de la justice ».

Mais Sir Fred. Pollock fournit une meilleure explication dans son ouvrage sur le contrat : « c'est, dit-il, une conséquence logique de la théorie archaïque du contrat considéré comme créant une obligation strictement personnelle entre le créancier et le débiteur, au lieu qu'en « *Common Law* » la propriété quelle qu'elle fut ne pouvait être transmise que par tradition (mode formaliste) ».

On a connu en droit romain une situation semblable qui fut palliée au moyen du procédé du mandat judiciaire rendu possible par la procédure formulaire. C'est pour-

1. Notre auteur ajoute (ce qui montre le caractère encore formaliste de ce Droit) : « Il y a encore une différence entre une chose déterminée spécifiquement et de l'argent du fait que ce dernier peut ne pas exister ou peut ne jamais exister en la forme d'une chose déterminée corporelle ; une dette peut être payée en billets de banque ou en espèces qui ne furent pas imprimés ou frappés au moment de sa création, ou peut même être éteinte par un simple passage d'écriture. »

quoi d'ailleurs on a pu dire qu'un système à peu près analogue et un processus à peu près similaire se retrouve dans le droit insulaire ou le chancelier et sa création « l'Equity » peuvent être comparés au prêteur à Rome et à la procédure formulaire (*writs of right* issus par la chancellerie). Ce qui a permis aussi à Sir H. Maine de dire que « l'ancien droit paraît avoir été secrété dans les interstices de la procédure ».

« L'Equity » ayant permis le transfert des « choses *in action* équitable » et même jusqu'à un certain point des « legal choses *in action* » d'autres exceptions furent introduites par le « Merchant Law » pour les besoins du commerce sans parler des droits réservés de la couronne et enfin la réforme complète fut faite par le « Judicature Act » de 1873.

Nous pouvons donc dire qu'en Angleterre comme en Allemagne, en théorie, la possession des droits incorporels ne peut être reconnue pour une raison de principe; mais qu'en fait, quand la pratique l'exige; ces deux droits arrivent au même résultat que le nôtre et protège la possession d'un droit quand celui-ci se trouve incorporé dans un document quelconque. Ce que prouve les facilités données pour les effets de commerce.

Maintenant toute chose corporelle susceptible de propriété peut être possédée en droit anglais¹. Par contre on ne peut pas acquérir les choses qui appartiennent de droit à la couronne et généralement le trésor qui, en principe, appartient à la couronne ou à celui qui le découvre quand il a reçu une « franchise » de la couronne à cet effet.

D'un lord on dit qu'il possède son siège, place et vote, La même notion s'applique aux offices et l'assise de nouvelle dessaisine pouvait être introduite dans certains cas pour les recouvrer (16. vin. abr. 134). C'est ainsi qu'en France nous disons qu'un officier possède son grade.

1. Quoiqu'autrefois Bracton indique qu'il ne peut y avoir de possession des choses sacrées ni des hommes libres. Littleton s. 541 dit bien, qu'il peut y avoir saisine d'un vilain. Mais ce sont des choses passées et révolues,

Ici il faut plutôt comprendre propriété au lieu de possession.

On dit aussi que le roi possède ou est saisi de la couronne. Ceci doit être entendu au sens féodal et d'ailleurs le roi a le domaine éminent sur toutes terres anglaises comme seigneur. L'avantage de cette règle féodale est qu'elle protège des pénalités de trahison ceux qui adhèrent à un souverain *de facto*.

Il ne reste plus qu'à examiner la proposition suivante de Sir J. Salmond : « En général propriété et possession ont même objet. Mais il y a des restrictions à cette règle. Il y a des prétentions (claims) qui peuvent être réalisées et exercées en fait sans avoir reçu aucune reconnaissance ou protection de la loi. Il n'y a pas alors de droit ni chez celui qui s'en prévaut ni chez personne d'autre. Dans de tels cas il y a possession d'un « intérêt » sans propriété d'un droit : et généralement des hommes peuvent posséder des droits de reproduction ; des marques de commerce quoique la loi refuse de défendre ces droits (interest)¹ ».

Ceci fut écrit avant la loi sur les « copyrights ». Manifestement Sir J. Salmond confond d'abord la possession matérielle et la possession civile, puis la possession matérielle ou *de facto* dont la loi prend connaissance pour en tirer des conséquences légales et les simples faits d'avoir certaines choses en main qui n'entrent pas dans la sphère du droit ou n'y sont pas encore entrés, et par conséquent ne reçoivent aucune protection juridique.

Il est certain qu'avant la loi mentionnée on pouvait avoir une marque de commerce pour soi seul tant que personne ne vous la prenait ; et si cela se produisait, il n'y avait aucun recours malgré toutes les possessions matérielles possibles.

Bentham dit que l'on peut avoir possession des services d'un homme. Il est douteux que de notre temps ceci puisse être pris à la lettre bien qu'en raison de l'origine féodale de cette règle qui se retrouve d'ailleurs dans celles se rapportant aux rapports du serviteur et du maître ; ce soit

1. *Op.* déjà cité, chap. « De la Possession »

le maître qui ait l'action en cas de séduction d'une servante (il est vrai que si le père peut montrer qu'elle était à son service ne serait-ce que pour faire le thé, il peut alors agir en raison de la perte de son service). A cause de cette origine, on peut probablement estimer que même à l'heure actuelle il y a une possession ou pour mieux dire une propriété du droit aux services d'un homme entraînant une sorte de possession (d'un droit incorporel).

En droit pénal, il a été mis en doute à un moment qu'il puisse y avoir possession de certaines choses, soit par leur manque de valeur et par application de la règle, de *minimis non curat lex*, soit parce que l'action de « trespass » n'était pas accordée en raison que la loi les a considérées sans importance.

Il n'y a qu'à se rappeler que les *res Mancipi* étaient limitées en nombre et l'on comprendra l'amusante phrase que l'on rencontre dans le « Law of animals d'Ingham ». On pouvait donc voler impunément les chats, les furets, les perroquets, etc... et la règle s'étendait même jusqu'aux chiens, car ces deux meilleurs amis de l'homme : sa femme et son chien étaient singulièrement méprisés par le vieux « Common Law ».

Le « Larceny Act » de 1916 a paré à tout cela dans ses nombreux articles.

§ 5. — *De la règle plures eamdem rem in solidum possidere non possunt et de la copossession.*

Au Digeste 41. 2. 35, Paul établit cette règle, la déclarant suivant la nature, d'après la définition de Labéon (h. tit. I) la possession étant une question de fait, question physique, la logique ne permet pas que deux personnes puissent être en même temps à la même place. Deux personnes peuvent seulement avoir un droit conjointement.

Cependant Sabinus dit que le précariste et celui qui lui concéda la chose sont tous deux possesseurs; il y aurait donc 2 possessions dans la même chose.

De même Trebatius pensait qu'une possession *justa* et

une possession *injusta* pouvaient coexister dans la même chose et appartenir à deux personnes différentes, mais ajoutait-il, deux possessions *justae* ou deux possessions *injustae* ne pourraient coexister.

Labéon qui, naturellement par raison de sa définition ne peut accéder à cette idée, déclare cette théorie fausse et la réfute disant qu'il importe peu que la possession soit juste ou non, attendu que c'est toujours la possession. Paul approuve Labéon.

Il ne faut pas oublier que Sabinus et Labéon appartiennent à deux écoles opposées. D'ailleurs la distinction entre ces deux écoles a disparu sous Hadrien. Et Paul était préfet sous Alexandre Sévère tandis que Trébatius vivait sous la République et Auguste.

La procédure formulaire existait au temps de Sabinus et la possession *ad interdicta* était parfaitement reconnue à son époque.

La procédure extraordinaire qui avait commencé sous la République ne s'établit définitivement que sous Dioclétien (Const. 94). En outre, il résulte de la formule de l'interdit que c'est un interdit double; les parties sont toutes deux demanderesses et se prétendent possesseurs. *A priori*, il est possible de dire que deux possessions dans la même chose se présentent, l'une *justa* et l'autre *injusta*. D'autres cas peuvent se produire. Par exemple : A. peut avoir la possession civile, c'est-à-dire posséder contre tout le monde et B. son adversaire peut avoir un droit opposable temporairement à A., ce qui se produit en cas de gage.

Sabinus reconnaissait au précariste la possession *ad interdicta* par contraste avec la possession civile reconnue au concédant. Celui-ci, possédait alors contre tous même contre le précariste, et, le précariste possédait contre tous, excepté son concédant. De même en cas de possession vicieuse d'une part et de possession civile de l'autre.

Il est vrai qu'il ne peut pas y avoir en même temps, deux possessions civiles, ni deux possessions matérielles, sauf le cas de la copossession. Mais ne peut-il y avoir deux

sortes de possessions à la fois si l'on admet diverses catégories de possessions différentes ?

Sous Justinien, par fusion du droit prétorien et du droit civil, la distinction de la possession interdictale fut oubliée, le lent travail du droit avait commencé certainement bien auparavant avec la disparition de la procédure formulaire ce qui explique la réfutation de Paul pour qui, il n'y a plus qu'une possession avec tous ses avantages juridiques et une possession naturelle sans aucune protection.

Les autres cas, ceux qui ont formé la possession dérivée de Savigny n'étant plus que des exceptions.

M. Bonfante, lui aussi, les explique dans leur dernier état par une corruption de la vraie notion de possession, par l'introduction de la théorie du droit réel et du lien obligatoire. La possession du précariste, dit-il, est une survivance du droit ancien due à la force d'inertie¹.

Dans ces conditions, on peut probablement sans grands risques admettre que, à un moment quelconque, des juristes romains ont pensé possible l'existence de deux possessions de caractère différent dans la même chose.

Il reste à voir ce que la règle *plureis eadem rem* est devenue dans les droits modernes.

En droit espagnol elle est fortement établie par l'a. 445.

1. Paul (D. 41.2.3.22) dit qu'il n'y a qu'un seul genre de possession avec des espèces infinies et n. t. 3.23, il traite fort cavalièrement Quintus Muscius parce qu'il prétend faire un genre de possession de la possession donnée par ordre du magistrat, *rei servandae causa*. (Inering avec justesse répond que Quintus Mucius Scévola avait raison pour son temps, car le sequestre avait la possession interdictale à cette époque et dans certains cas).

Et comme le remarque M. Cuq *Recherches sur la possession*, les interdits furent certainement créés avant la notion de possession; les moyens de procédure et de protection ont toujours devancé les théories et concepts abstraits; de plus, comme il apparaît dans les *Pandectes*, la théorie de la possession a beaucoup varié chez les Romains et n'a jamais été ni très claire ni très nette. Au XII^e siècle la possession était confondue avec l'objet sur lequel elle portait d'où les conséquences suivantes : celui qui a la chose, a la possession fût-il détenteur (usufruitier); 2^o le voleur est tenu à *dare rem* en vertu de la *condictio furtiva* comme si lui-même avait cessé d'être propriétaire (suivant Cuq) qui dit encore : « Savigny et Ihering ont tort de chercher de la cohérence là où il n'y en a pas, et en cherchant une théorie logique dans les textes qui n'en contiennent pas ».

Pothier n'en parle que comme d'une dispute d'école et adopte la théorie des Proculiens qui est restée en droit français.

Certains auteurs, comme M. Cornil, déclarent la double possession impossible en se basant sur Savigny comme sur Ihering :

Suivant Savigny par raison physique (D. 41.2.3.5) avec pour conséquences : 1^o lorsque les textes disent que la possession ancienne continue d'exister, la nouvelle possession ne peut avoir commencé; 2^o quand les textes disent que la possession nouvelle a commencé, la possession ancienne a cessé d'exister, également, par exemple pour le premier cas, un fonds occupé clandestinement est toujours possédé par le premier possesseur jusqu'à connaissance de l'occupation par le deuxième. Si l'auteur de la prise de possession clandestine est expulsé violemment il n'acquiert rien. Dans le deuxième cas, celui de l'emphythéote, la possession pour être acquise doit être *vacua*.

2^o Suivant l'argument de Ihering, pour qui, la double possession est aussi impossible parce que la possession de même que la propriété est exclusive. Cependant M. Cornil admet que dans certains cas, des possessions simultanées puissent exister ce qui est un peu contre son principe d'exclusivité.

En droit allemand et en droit anglais le premier avec sa distinction de possession médiate, et possession immédiate et le second, avec cette création originale du « right to possess » et de la « special property » en contraste avec la « general property » où, deux personnes ont les moyens possessoires; on peut se demander si la règle est bien restée intangible.

Pourtant les auteurs anglais ainsi que la jurisprudence semblent avoir admis la règle de Paul : « duo non possunt in solido unam rem possidere », C^o Littleton 368. Maule J. dans *Jones v. Chapman* 2 Exch. 821, approuvé dans *Lows v. Tilford* L. A. C. 426. « La possession est essentiellement indivisible dit M. Wright. Deux personnes ne peuvent en même temps avoir la possession d'une chose,

excepté conjointement ou en commun¹ », et il ajoute la phrase usuelle pour décrire le test ordinaire de possession est, : « a-t-il le contrôle séparé et indivis et exclusif de la chose ? »

« Quand une personne qui a la possession d'une chose, la délivre ou permet qu'elle soit emportée par une autre, la question de savoir, si la deuxième personne a acquis la possession ou non dépend principalement du fait de savoir, si la premier a entendu se séparer de la possession et de transférer un contrôle séparé indivis et exclusif pour le moment à cette deuxième personne ».

« La possession pour autrui ne change pas la possession de place, seulement l'exercice de la possession est changé, mais cela n'empêche pas le possesseur pour autrui d'acquérir un droit appelé aussi possession et d'avoir les moyens possessoires simultanément. Le voleur a les mêmes moyens contre tous, excepté contre le vrai possesseur et la même chose se produit pour l'inventeur (*Armory v. Delamarie*) »

Et dans un autre passage : « La règle est fondamentale, dit Sir F. Pollock aussi bien en droit romain qu'en droit anglais. Les exceptions apparentes que l'on trouve consistent en cas où le possesseur hors de possession s'est vu accorder les moyens possessoires dans certains buts et certains cas. Le droit romain dans tels cas dit : D. 41. 2. 3. 5, *perinde habent debet ac si possident*, il faut admettre que le langage de ces textes n'est rien moins que clair ni uniforme et quelquefois tous deux mais dans de tels passages le mot est employé dans un double sens¹ ».

S'il n'est pas possible d'admettre ni logiquement ni juridiquement la possibilité d'une double possession civile ou matérielle, en revanche il semble que les Droits anglo-saxon et allemand permettent des possessions de catégories différentes sur la même chose. En réalité du moment que l'on adopte ces différentes classes, on en fait des droits distincts qui peuvent très bien se concevoir portant sur la même chose en même temps et ainsi ils échappent à la

1. Possession in *The Common Law*, Part. III, chap. 1, § 6.

règle *plures eadem rem...* ou pour mieux dire elle s'applique toujours puisqu'il s'agit de droits différents. Et ceci peut se comprendre encore plus facilement dans un droit comme un droit insulaire qui admet tant de catégories de droits différents.

Copropriété. — Dans la copropriété, telle que l'entend le droit anglais, sont compris deux institutions particulières : « *ownership in common* » et « *Joint ownership* ». Toutes deux peuvent exister sur les meubles ou les immeubles. Vu que la « *personal property* » peut être possédée par plusieurs soit conjointement ou en commun aussi bien que par plusieurs par parts divisées (Blackstone 2. B. L. 399).

La différence entre la propriété jointe et la propriété en commun réside en ce que la part du joint owner « en cas de mort ne passe pas à ses héritiers mais aux autres « *joint owners* ».

En cas de « *trust* » de « *Joint choses in action* » en noms joints e. g. valeurs de fonds publics au nom de deux trustees, le « *legal rigth* » passe au survivant seul quoiqu'il puisse en Equity être responsable envers d'autres.

Mais dans les deux cas les conditions d'existence sont les mêmes : 1^o chacune des personnes doit avoir droit à la possession de la chose entière; 2 elle doit avoir sur elle le même « *estate* » ou « *interest* »; 3^o chacune doit avoir le même titre; 4^o et enfin les « *nterests* » ou « *estates* » doivent être pour la même durée

Depuis la « *Law of property act de 1925* », il ne peut plus y avoir de « *tenancy in common* » ni de « *coparcenary* », situation intermédiaire entre les deux dernières où, en cas de décès *ab intestat* avec seulement des filles comme héritières, celles-ci se trouvaient ne former qu'un seul héritier avec droit de survivance.

Sir Fred. Pollock donne en outre une autre différence entre ces deux sortes de copropriété les « *joint tenants* » ont en même temps une seule possession et un seul « *joint right to possess* ». Les « *tenants in common* » ont bien une seule possession mais plusieurs droits (*right to possess*) à posséder.

Si matériellement, la chose est détenue par un serviteur au nom de tous, dans les deux cas, ce serviteur exerce la possession *de facto* pour tous. Si l'un des copossesseurs détient la chose, il détient pour lui d'une part, et de l'autre, pour ses copossesseurs comme leur agent.

En général en « Common Law », un des copropriétaires ou « co-bailees » d'une chose ne peut commettre un « trespass » ou un vol à l'encontre des autres sur cette chose parce que tous ont la possession et droit à la possession en commun. La règle principale est, qu'en cas de copossession, l'un des copossesseurs ne peut se plaindre pénalement qu'au cas d'expulsion complète ou de destruction complète de la chose. Mais par le « Larceny act » de 1916 S. I. i. un « part owner » peut être coupable du vol et même une personne ayant droit à la possession légitime peut commettre ce délit. Ce cas se produirait si un « bailor » volait sa chose à son « bailee »; il serait responsable en « Common Law » car il pourrait tendre à le frauder en le rendant passible de la perte, ou en le privant de l'*interest* qu'il avait à retenir la chose; (e. g. tel le « lien » d'un savetier sur les souliers qu'il a raccommodés pour le prix de son travail, dit Sir C. S. Kenny.

Il est possible qu'il suffise aussi que l'intention soit non de frauder le « bailee » mais un tiers, comme dans le cas d'escamotage de marchandises pour ne pas payer les droits dus à la Couronne.

La décision qui fonde cette règle se trouve dans 2 East P. C. 65; c'est l'affaire du maître qui dépêcha son domestique chargé de certaines valeurs, puis se déguisa en voleur de grand chemin et l'en détroussa pour être à même de pouvoir en réclamer la somme au « Hundred » en raison de son ancienne responsabilité en cas de pertes subies par délit de violence commis dans les limites de son territoire. Ainsi que le note M. Wright on se demande si le propriétaire d'une chose peut vraiment commettre un vol quelconque en prenant la chose d'un simple « bailee at will » (simple détenteur) tel que son serviteur l'était, celui-ci n'ayant pas de « special property » à défendre. Et la dif-

ficulté n'est pas tant, ajoute M. Wricht, de trouver une possession suffisante pour baser un « trespass » que de trouver un *interest* suffisant appartenant au serviteur, pour supporter un *animus furandi* chez le maître.

Les vieux auteurs y ont suppléé en trouvant une intention de poursuivre civilement en « detinue » le « bailee » ou de le rendre passible d'une poursuite par la Couronne, d'où, dommages encourrus pour le « bailee » et de gain pour le « bailor ».

Une autre question qui se pose en cette matière est celle de la femme mariée qui, dans l'ancien droit, était considérée comme faisant une seule personne avec son mari.

Le « Larceny Act de 1916 » rappelle la règle du « Common Law » qu'il faut essentiellement un changement de possession pour commettre un larcin et que s'il n'y a pas d'atteinte à la possession donnant lieu à « trespass », il n'y a pas non plus de larcin. Ainsi dit Sir J. Kenny : « La définition de ce délit devient plus embarrassante par la vague question de toutes les plus vagues questions, la signification du mot possession. Une femme mariée étant considérée être une seule personne avec son mari, il s'ensuit qu'une possession effectuée par elle est équivalente à une possession par le mari; en conséquence une appropriation par elle des biens du mari ne constitue pas un changement de possession, donc pas un vol en « Common Law » (R. v. Harisson, Leach 47).

Même l'adultère ne changera rien. Si une femme s'enfuit avec de l'argent de son mari, se rencontre ensuite avec son amant et lui donne cet argent, il ne peut pas être condamné pour avoir reçu cet argent, qu'il n'a pas volé d'après la règle énoncée (R. v. Sticter). Mais si l'amant avait aidé la femme à prendre des objets appartenant à son mari, il serait coupable de vol; il les aurait enlevés à la possession actuelle du mari (R. v. Featherstone).

Depuis le « Married Women property Act de 1882 remplacé par la sect. 36 du Larceny Act » de 1916, mari et femme sont responsables l'un envers l'autre civilement et criminellement pour leurs propriétés respectives; criminellement :

1^o s'ils ne vivaient pas ensemble au moment du délit;
 2^o si le vol fut commis en prévision de la cessation de la vie commune. Ainsi une femme mariée tant qu'elle a l'intention de ne pas cesser de cohabiter avec son mari reste protégée par la loi mentionnée (R. v. Creamer) et même si elle s'en allait rejoindre son amant en emportant des biens de son mari, puis se décider à revenir en les rapportant il n'y aurait pas de vol (l'effet du « Married Women property Act. de 1882 » n'est pas encore clairement établi en jurisprudence).

Il est d'autres exceptions apportées par des lois subséquentes à la règle du « Common Law » que des coposesseurs ne peuvent se voler : en cas de sociétés et « partnership » entre autres. Mais ces cas dépassent le cadre de notre sujet.

§ 6. — *Possession pour autrui.*

L'idée fondamentale du précarium veut que la restitution de la chose concédée soit exigible à volonté par le concédant. En droit français nous retrouvons cette même base de la possession à titre précaire ou possession pour autrui. Les possesseurs pour autrui, où les détenteurs ont bien le *corpus* mais pas *l'animus sibi habendi*; ils n'ont pas l'intention de se comporter en maître, mais ils ont quand même la volonté d'exercer un droit existant, ou supposé tel, droit appartenant en principe à un autre, car il ne peut y avoir un *corpus* sans aucun *animus*; c'est ce que montre l'exemple bien connu de la chose mise dans la main de l'enfant endormi donné au Dijeste et aussipar les conséquences de *l'animus contrarius* de l'esclave possesseur pour autrui D. 42.2.

Il est à remarquer aussi qu'il peut y avoir des détenteurs précaires qui sont en même temps possesseurs, possesseurs d'un droit qui leur est propre, un droit réel : et généralement l'usufruitier, le titulaire d'une servitude, l'emphytéote, le créancier gagiste, l'antichrésite. Ils sont donc à la fois détenteurs, possédant *alieno nomino* d'une

part, et de l'autre, ils ont *l'animus dominantis* pour le droit qui leur est personnel.

En principe les possesseurs pour autrui en droit français n'ont pas les moyens possessoires. Là, réside la grande différence avec les possesseurs proprement dit. Mais, en raison de l'existence de ces droits propres, qui, dans certains cas, peuvent leur appartenir, la jurisprudence, pour des raisons pratiques, les leur accorde : la réintégration fut donnée au fermier dans l'arrêt de la Ch Civ. du 14 fev. 1912 mais non la complainte; et pour les meubles, elle va plus loin encore, elle reconnaît au créancier gagiste et au dépositaire le droit de reprendre leur possession contre les tiers et même au second, le droit de revendiquer la chose soustraite; créant ainsi une sorte de possession *ad interdicta*. Civ. 28.3.1888, D. 6.88.1.253, S. 88.1.265 note Colin.

En droit allemand, il n'y a en théorie qu'une possession avec les actions possessoires, et une détention sans elles; c'est la détention dite subordonnée, celle du domestique ou de ceux qui lui sont assimilables. Bekker dit des serviteurs, que ce sont des employés de possession : Enderman qui ce sont des gérants de possession M. Saleilles des instruments de possession, expression qui est aussi celle de Sir Fred Pollock, qui, comme M. Saleilles, explique la situation du domestique par le fait que l'opinion ambiante détermine la possession, par la cause apparente et avouée, d'entrée en possession; le titre juridique, même s'il existe, ne peut guère être connu d'autrui.

Suivant l'art. 855 du Code all., ce n'est pas le titre juridique, par ses caractères abstraits, qui détermine et fixe les caractères de la possession, c'est l'analogie de la situation juridique elle-même, avec les rapports de droit dérivant du contrat de service ou d'emploi.

Se basant sur cette même idée d'apparence et aussi de droit reconnu économiquement, M. Saleilles pense qu'il est facile de comprendre que la plupart des détenteurs pour autrui aient désormais la possession puisqu'il s'agit de défendre à l'égard de tous et même contre l'auteur une situa-

tion de fait qui a elle-même et indépendamment de toute question sur le fond, une valeur sociale et économique. Et inversement le détenteur subordonné n'a que ce qu'il se autor lui permet suivant leur contrat.

Il est à remarquer que M. Saleilles et Cornil admettent dans ce droit la possibilité par contrat d'accorder au détenteur les moyens possessoires ou non; ce qui se produisait en droit romain pour le séquestre (Julien D. 41. 2.39 les parties pouvaient à leur choix conférer la possession ou la détention).

Il y a détention pour autrui ou détention subordonnée, lorsque le détenteur est soumis à la volonté, aux restrictions imposées par un autre.

Si l'art. 855 C. all. est seulement une application de l'art. 854, l'exclusion de la possession devra s'appliquer à tous ceux qui se serviront de la chose d'autrui sans avoir pour cela une situation qui leur en donne la maîtrise extérieure; tels sont les amis reçus dans une maison privée.

Ils n'ont pas la possession dit Cosack parce qu'ils n'ont pas l'*animus possidendi*.

Pour M. Saleilles ils ne l'ont pas non plus parce que d'après les usages reçus, ils n'ont pas la maîtrise, le pouvoir de fait.

Pour Enderman c'est également le maître qui a l'*animus possidendi*. D'un autre côté, M. Saleilles, dans le cas d'une compagnie de transports, pense qu'elle a la possession des objets transportés, de même que les voyageurs des hôtels et clients des restaurants ont la possession des choses dont ils se servent, par une sorte de louage. Pour lui, la ligne de démarcation, entre possession et détention, serait l'existence pour la première d'une maîtrise de fait suffisante pour fonder la possession, dès que le détenteur a, vis-à-vis de la chose, une initiative personnelle qui lui en confère la domination actuelle, restreinte ou non, pourvu qu'elle soit indépendante quoique limitée, quelque soit le degré de cette indépendance si limité soit-il.

Cette théorie n'a rien de commun avec celle du droit anglo-saxon. Mr. Holmes et Sir F. Pollock déclarent que

les clients des hôtels et restaurants n'ont pas la possession parce qu'on n'a pas eu l'intention de la leur transmettre et qu'ils n'ont qu'une simple licence de s'en servir d'où, simple possession *de facto* en détention.

En Allemagne, les détenteurs pour autrui ont contre les tiers, le droit de défense privée de droit commun, et en plus, les droits de défense spéciaux des possesseurs des articles 860, 855, 227, 229, sauf le détenteur subordonné qui n'y a droit, que s'il est mandataire.

On peut reprocher au droit allemand, sa subtilité infinie dans ses distinctions entre possession et détention pour autrui, distinction risquant de fournir une prime aux acquéreurs de mauvaise foi, en leur donnant le moyen de différer la restitution de la chose, et de la faire disparaître. Il faudrait donc faire résider la différence en ce que lorsque le maître est présent, lui seul, devrait avoir les moyens possessoires; mais ce serait une bien grande complication quant à l'emploi des domestiques.

En général en droit anglais, la possession pour autrui peut se diviser en deux grandes classes : la « custody » ou *custodia* qui est la détention du serviteur ou de ceux qui lui sont assimilés; et le « bailment » qui, dans sa définition large, donnée par Mr, Story (On bailment) est la tradition d'une chose par une personne appelée « bailor » à une autre appelée « bailee », en vue d'un certain but, et avec la condition expresse ou tacite, qu'une fois ce but atteint, la même chose identique sera rendue dans le cas de détention.

Le détenteur n'a, et ne doit avoir, que la possession matérielle. Le fait, par un maître de remettre une chose à son domestique ne crée aucun changement de possession par lui-même, disent à peu près tous les auteurs modernes.

Il n'y a pas changement de possession non plus quand la personne, à qui, il est permis d'examiner la chose la manie dans ce but : tel un client examinant une montre, ou essayant un cheval devant le propriétaire; ou même, lorsque la personne emploie la chose avec condition expresse ou tacite de ne pas l'emporter, tel est le cas des

clients et voyageurs des hôtels et des restaurants pour les objets mis à leur disposition pour aider à leur confort ou leur agrément. S'ils emportaient une de ces choses ils commettraient un vol ou à tout le moins, un « trespass », et l'hôtelier serait protégé par les actions civiles et pénales.

M. Wright pense que cela ne fait aucune différence que la chose soit remise pour être employée en vue du bénéfice du propriétaire ou l'avantage du client. D'ailleurs on peut arguer que dans les hôtels les choses sont mises à la disposition du client tant pour son agrément personnel que pour le bénéfice de l'hôtelier.

Le domestique, occupant une terre ou un immeuble au nom de son maître, n'est pas possesseur même s'il y exerce un métier qui lui est propre. Au contraire le « copyholder » qui était une sorte de vassal avait la possession et le « right to possess ». Sir F. Pollock pense que cette règle est d'origine féodale : le domestique ne pouvait pas avoir la possession ; le lien entre lui et le maître n'étant pas créé par le transfert de la terre, ce qui aurait nécessité un transfert suivant les formes légales, mais il y avait un lien contractuel qui, dans certains cas pouvait être assimilé à celui du « bailee ».

Pour les meubles, il fut longtemps difficile de savoir exactement qu'elle était la situation du serviteur.

Il faut distinguer deux cas : 1° Si la chose a été remise au domestique directement par son maître ou par un autre des domestiques, de celui-ci pour la garder, l'employer, la transporter ou s'en servir dans l'exercice ordinaire de son service, ou 2° Si la chose a été remise par le maître au serviteur pour la transporter au loin.

Dans le premier cas il a seulement la détention ou *custodia* et même ici Sir F. Pollock va jusqu'à lui dénier la possession *de facto* disant qu'il n'est qu'un instrument de pouvoir du maître. En outre, pour un tiers il ne peut y avoir aucun doute quant à la situation, le domestique ne peut que détenir la chose matériellement et qu'au nom de son maître et à sa disposition. Naturellement ceci ne peut s'entendre que du domestique se trouvant dans la maison

de son maître ou dans ses dépendances, le cas du domestique envoyé en course, au loin, était différent dans l'ancien droit.

Mr. Holmes explique la situation particulière du domestique, simple détenteur par une survivance de l'ancienne règle, que le serf était incapable d'acquérir et de posséder autrement que pour son maître. La possession du « bailee » et la *custodia* du domestique, dit-il, sont contradictoires en « Common Law », quoique cette dernière soit établie par les autorités modernes et ne peuvent s'entendre que par des raisons historiques. En effet, le domestique et le « bailee » ne sont pas si loin l'un de l'autre; un détail le montre : le « bailee » a été et est encore considéré comme l'agent ou le serviteur de l'acheteur ainsi qu'il se produit en cas de livraison de marchandises à un voiturier par le vendeur. La livraison est considérée comme réception par l'acheteur dans le sens du « Statute of frauds » reproduit par le « Sale of goods Act de 1893 s. 18. R. 5. 2. » (V. *infra*). Donc pour cet auteur, il s'agirait de deux notions différentes mais avec une lointaine commune origine. On peut citer à l'appui de cette opinion qu'en outre le droit ne fut pas toujours bien fixé (*Moor ve. Robinson* 1831). Il a été permis quelquefois à un serviteur de poursuivre en son nom, pour « trespass » sur les choses dont il avait la charge (mais dans ces cas il faut noter qu'il n'était pas avec le maître) quoique les tiers aient pu facilement connaître sa situation subordonnée.

Et dans des cas relativement modernes, la possession a été considérée comme étant chez le serviteur ayant charge de la chose du maître (Oliver's case 1811 ds. Walsch 1812 2 Leach p. 1072), une des décisions fut basée sur un argument *ab inconveniente*, il s'agissait d'un cocher dont les maîtres étaient des associés nombreux; par simplification de procédure il put être considéré comme leur mandataire; On trouve dans le droit maritime, des exceptions analogues au profit des capitaines de navires. Ces cas isolés ou spéciaux ne peuvent être retenus comme des principes, mais, au contraire, rentreraient dans les rôles différents que

peut jouer un serviteur par rapport et dans l'intérêt de son maître. Il faut admettre aujourd'hui comme principe que le serviteur n'a que la détention quand il est placé directement sous les ordres de son maître et que les tiers ne peuvent avoir aucun doute quant au rôle qu'il joue.

Autrefois, on pensait qu'il y avait changement de possession, qu'elle passait au domestique quand le maître lui remettait la chose, soit pour la transporter, comme de conduire un cheval, soit pour exécuter une commission quelconque loin du maître; et en particulier, quand la chose devait être livrée, en pleine propriété, à une tierce personne : comme la livraison à faire de marchandises dans une ville voisine ou même d'emporter de l'argent pour faire des achats pour son maître (Staundorf P. C. I. p. 25 Watson's, case 1788 East p. C. 562; C. P. The Statute 21. H. VII c. 7).

Dans ces derniers cas on pourrait dire, que l'acte de livraison au domestique par le maître, avec intention de renoncer à sa possession en faveur d'une personne incertaine rend celui-ci propriétaire apparent de la chose. Le maître ayant renoncé à la possession ne l'a plus et la personne qui doit la recevoir ne l'a pas encore acquise. Suivant la théorie de l'influence de l'opinion environnante; il est probablement difficile pour des tiers de savoir exactement qu'elle est la situation du serviteur par rapport à un maître dont la plupart du temps l'existence même est ignorée par eux. De plus c'est une règle parfaitement établie qu'en face d'un intrus sans droit, la simple possession *de facto* est à priori preuve de possession *Armory v. Delamare*. Il paraît donc assez logique et naturel que la possession fut attribuée au domestique remplissant son service loin de son maître, d'autant plus que la possession appartient au voiturier, au messenger public qui, de notoriété publique a entre les mains les marchandises d'autrui. Mais aujourd'hui le droit est fixé en sens contraire, et même depuis longtemps, il est établi que la possession du maître continue entre les mains du domestique (3 Inst. 108. I. Hale 505, 68 et dans nombreuses décisions judi-

ciaires). Celui-ci est dit avoir non la possession mais une simple charge *onus* ou *custodia*.

Cette règle est soumise cependant à quelques exceptions. Le simple fait du contrat de servir n'empêche pas le serviteur de pouvoir jouer un rôle différent envers son maître et la création d'autre relations entre eux. Sir F. Pollock cependant ne peut citer aucun cas précis où le maître aurait remis à son serviteur la possession en droit avec la détention de la chose. En fait, rien ne pourrait empêcher que le propriétaire d'un meuble fasse son « bailee » de son domestique aussi bien qu'il peut faire un « bailiff » d'un « tenant at will » en fait d'immeubles, mais pour les meubles la preuve d'une telle convention serait forcément très stricte car ce n'est pas un état normal. Mais l'intention une fois prouvée serait suffisante en droit pour la rendre valable.

Sir F. Pollock pense de même, que si le maître donnait de l'argent au domestique avec l'intention d'en transférer la propriété et de le traiter non en serviteur mais en « accountant », dans ce cas la possession passerait avec la propriété. Il existe de nombreuses décisions judiciaires à ce sujet et de nombreuses opinions en sa faveur depuis celle de *Glosse v-Hayman* 1587 jusqu'à celle de *Barnes v. Den* 1850.

La situation du serviteur peut aussi changer du fait de lui-même; s'il prend les choses de son maître d'une manière complètement étrangère à l'exercice de son emploi, il peut alors être considéré comme un simple étranger : c'est ce qui se produit en cas de vol par un domestique.

2° Une deuxième face de la situation du serviteur à considérer et la plus curieuse est celle créée par la livraison de marchandises quelconques au serviteur pour les remettre au maître; dans ce cas, le serviteur anglais, de par sa possession *de facto*, a toujours été considéré comme en possession de la chose, jusqu'à ce que d'une façon ou d'une autre, il l'ait remise à son maître et alors elle passe dans la possession du maître. Il peut donc se produire ce fait singulier que le maître d'une chose achetée, peut être pro-

priétaire par son contrat alors que la possession passe à son serviteur qui en reçoit livraison, puisque ce dernier n'est pas comme le « bailee » ou le voiturier regardé comme l'agent de l'acheteur, il reçoit la possession en conséquence pour lui seul.

Il découlait de ces conditions extraordinaires que le domestique qui s'appropriait la chose de son maître ainsi reçue ne le volait pas. En effet suivant le droit pénal, le possesseur, ou celui qui a droit à la possession sans regard sur la propriété ou même si celle-ci appartient à un autre, a seul qualité pour intenter l'action contre le voleur; comme le maître acheteur n'avait jamais eu la chose en sa possession son domestique ne pouvait le voler; il ne volait pas davantage l'ancien propriétaire puisque celui-ci n'avait plus la propriété ni la possession.

Maintenant on pourrait objecter que si l'acheteur, maître du domestique infidèle, n'avait jamais eu la possession de la chose, par contre la propriété qu'il avait acquise lui donnait en même temps le droit à la possession « right to possess » et il aurait donc dû par là avoir le droit à l'action pénale.

Mais ainsi que le constate Mr. J. Wright, à l'époque où la règle fut créée, le mot « property » est employé pour signifier propriété, aussi bien que possession dans les « Years Books » et chez les vieux écrivains. Et elle est aussi bien attribuée au propriétaire, au « bailee » qu'au « trespasser »; le propriétaire est même dit la perdre par livraison ou prise de la chose, c'est de cette confusion qu'était née la règle ci-dessus.

Les cas suivants sont aussi intéressants à examiner : Si l'aliénateur de la chose l'envoie par son propre domestique il garde la possession (mais non la propriété qui est passée à l'acheteur) jusqu'à livraison faite par son serviteur.

Si l'aliénateur délivre la chose à un messenger ou voiturier en son propre nom, la possession est transférée à ce dernier en tant que son « bailee », mais la possession générale ou « right to possess » lui reste.

Si le *tradens* transmet la chose par un messenger employé

par l'*accipiens*, ou employé par le *tradens* comme agent de l'*accipiens*, ou à un voiturier public, la possession passe au voiturier public comme « bailee » de l'*accipiens* en accordance avec la section 18 du « Sale of goods Act » et ordinairement aux autres messagers aussi.

Mais si le *tradens* remet la charge à un serviteur de l'*accipiens* la situation n'est plus aussi claire; ainsi qu'il a été vu précédemment elle a d'ailleurs été la cause de la création d'un délit : le délit de « embezzlement » ou vol commis par un domestique qui a reçu une chose destinée à son maître.

Dans ce cas le *tradens* s'est séparé de la propriété, du « right to possess » et de la possession de *facto*, il n'a plus aucun contrôle de la chose, il n'a pas non plus de contrôle sur le domestique de l'*accipiens*.

L'acheteur a la propriété et le « right to possess » quoiqu'il lui ait été refusé autrefois sous le nom de possession. Mais aujourd'hui il ne lui est reconnu que d'une façon un peu secondaire, ressemblant assez à celle du possesseur immédiat. Le domestique, même maintenant, est toujours considéré comme ayant la possession pour la simple raison que personne d'autre ne peut l'avoir, des deux autres parties en présence, l'un ne l'ayant plus, l'autre ne l'ayant pas encore acquise (et la tradition étant nécessaire pour l'exécution du contrat) la livraison au domestique n'étant pas regardée comme équivalente à une livraison au maître. L'exécution n'est pas parfaite. Probablement en souvenir et par analogie avec une règle relative aux immeubles et d'origine féodale, règle suivant laquelle il ne peut y avoir d'« abeyance » (vacance) de la possession; il faut que quelqu'un l'ait; ce ne pouvant être ni le *tradens* ni l'*accipiens*, c'est forcément le serviteur.

Une autre anomalie montre combien ces règles sont contradictoires et le résultat d'une formation au jour le jour, c'est que la livraison au serviteur a pourtant pour effet de donner à l'acheteur, au maître, le droit d'intenter les actions civiles ou criminelles contre les tiers pour trouble « trespass » à la possession du domestique.

Il est impossible d'expliquer ce conflit de règles sans se rappeler que le « Common Law » fut créé de pièces et de morceaux, au fur et à mesure des besoins, suivant qu'ils se produisaient et se présentaient à la décision des juges, et que ceux-ci les reliaient plus ou moins les uns aux autres par leurs analogies, et peut être aussi, suivant la mode ou la théorie admise au moment.

On ne peut pas mettre en avant l'idée d'origine du servage pour expliquer ces anomalies ainsi que nous l'avons déjà indiqué, puisque dans ce cas, la possession serait immédiatement acquise au maître par la réception du serviteur. On est réduit à admettre une situation intermédiaire entre celle du « bailee » et d'un complet étranger.

La possession reste au domestique jusqu'à ce qu'il ait remis la chose au maître, soit directement, soit par quelques actes reconnaissant la possession au maître ou constituant une tradition de la chose à celui-ci.

La question est encore importante, à l'heure actuelle, pour déterminer le moment où commence la possession dans certains cas, au point de vue civil et au point de vue pénal, pour déterminer s'il y a vol ou « embezzlement »; les peines encourues étant plus sévères dans le second cas.

Si le domestique se sert du nom de son maître, en fraude pour obtenir une chose, sa possession est vicieuse et ce peut même être un vol. Pourtant, le maître n'acquiert pas la chose ni la possession dans aucun cas et le domestique ne l'acquiert que soumise aux droits du vrai propriétaire ou possesseur (*Abraham's Case* 1798 2 Leach 824).

Si le domestique ne reçoit pas la chose dans l'exercice de son emploi mais que cet emploi n'en soit que l'occasion il ne commet aucun délit (*Cullum* 1873 12 *Cox* 469), cas où un cocher de maison faisait la place avec la voiture de son maître et gardait le gain ainsi obtenu; il fut jugé qu'il n'y avait pas vol et que le maître ne pouvait en rien prétendre à cet argent.

Si la chose est reçue légitimement dans l'exercice de son emploi, le domestique acquiert par là la possession légi-

time et est incapable en « Common Law » de commettre un vol de cette chose, soit par fraude, soit par tout autre délit, tant que la chose n'est pas passée en la possession du maître.

Il reste à voir quels actes peuvent être considérés comme créant ce changement de possession.

On trouve un grand nombre de décisions dont Mr. J. Wright et Sir J. Kenny en citent une certaine quantité qui vont de 1687 à 1858, elles sont toutes taillées sur le même modèle; qu'il s'agisse d'un domestique, ou d'un clerc ou employé, recevant de l'argent destiné au maître et ne le déposant pas dans le tiroir du secrétaire ou coffre-fort de son maître comme il aurait dû le faire (acte qui aurait accompli la transmission au maître) et se l'appropriant ainsi impunément; ou le cas du paquet de billets de banque posé sur le comptoir mais non serré avec l'intention de se l'approprier, entre temps un autre clerc le ramasse et de ce fait le met en la possession du maître, si bien qu'une appropriation subséquente par le premier clerc devient un vol. Tout tourne sur des pointes d'épingles et il faut être rompu à la casuistique des juristes anglais pour être à même de s'y retrouver et d'être capables de réconcilier les cas entre eux.

Pour plus de clarté il suffira de donner les quelques propositions suivantes.

1^o La possession du serviteur se terminera et celle du maître commencera aussitôt que la chose sera livrée au maître, ou lorsque continuant d'être en la possession apparente de serviteur celui-ci aura accepté de la détenir finalement pour son maître et en son nom et en son droit.

2^o Aussi longtemps que le serviteur détient la chose simplement en transit, en direction du maître, ce dernier n'a pas la possession envers le serviteur, mais celui-ci l'a à son rencontre.

3^o Quand la chose cesse d'être en transit et est détenue par le maître, sa possession commence alors même contre le serviteur, c'est-à-dire, même contre la volonté de ce dernier.

C'est ainsi que dans *Chipchase* 1795, *Leach* 699 dont nous avons déjà donné les faits succinctement, le fait, par le second clerc, de prendre les billets contre la volonté du premier, ou pour mieux dire, sans que celui-ci le sache, a pour effet de le rendre un voleur quand il s'empare peu après de la somme en question.

La possession du maître s'attache pleinement au premier moment quand le simple mouvement de progrès vers le maître résulte en une détention sujette à ses ordres ou dans une nouvelle direction imprimée par ses ordres exprès ou tacites.

On conçoit qu'une simple reconnaissance de la part du serviteur qu'il détient pour le maître sera suffisante, et que le moindre acte de sa part pourra être interprété dans ce sens puisqu'il est normal et attendu du serviteur d'où, une différence avec ce que l'on appelle l'« *attornment* » à l'*accipiens* par le « *bailee* » du *tradens* où l'acte doit être formel pour être interprété contre le « *bailee* ».

C'est de cette manière, qu'une simple réception de la chose sur les terres ou dans les bâtiments formant l'habitation du maître peut, ou non, être suffisant, suivant que la *custodia* du serviteur est ou non la destination de la chose.

Un dépôt dans les lieux appartenant au maître ou dans une charrette, une barge ou autre réceptacle qui soit sa propriété semble n'être pas de lui-même décisif. Mais paraît être sujet à la distinction que si d'une part le serviteur est envoyé avec une voiture ou une barge pour recevoir la chose et il la reçoit présentement dans la voiture ou la barge dans l'exercice de son emploi, ou bien encore, s'il était employé pour recevoir ou déposer la chose dans les lieux du maître et ainsi il fait le dépôt dans l'exercice de son emploi la possession passe au maître de ce fait. Mais si, d'autre part, le dépôt dans le réceptacle du maître ou dans les lieux lui appartenant était casuel et non fait dans l'exercice de l'emploi, ni pour le maître, le transit ne pourrait pas nécessairement cesser et en conséquence, la possession n'aurait pas nécessairement passé au maître.

C'est ainsi que dans le cas de réception par les mains de serviteurs successifs, il se peut que le transit continue dans leurs mains si les circonstances veulent qu'ils ne sont tous dans ce but qu'un seul serviteur, n'étant pour ainsi dire, que de simples véhicules en succession, ou une multiplication d'anneaux dans une chaîne qui n'est pas encore attachée au maître. Inversement il peut arriver que le premier serviteur, ou l'un quelconque d'entre eux qui reçoit la chose, soit en raison des circonstances un récepteur de possession pour le maître et la lui acquiert de ce fait.

Dans chaque cas la question est : qu'elle était l'intention des parties quant au caractère de capacité avec lequel le serviteur détenait. Si la possession est passée ou, suivant l'expression anglaise, s'est attachée une fois au maître, quoique par les mains d'un seul serviteur ; à partir de ce moment-là elle est valable contre tous, même contre celui à qui ce serviteur a passé alors la chose.

Un cocher de fiacre, un porteur de gare n'ont pas la possession des bagages de leurs clients. Mais un voyageur se trouvant à un guichet, à qui une dame passa un souverain en le priant de vouloir bien lui prendre son billet, fut pourtant assimilé à un serviteur et condamné pour vol ayant voulu s'enfuir avec la pièce (*R. v. Thompson*). Il faut dire que cette décision fut rendue avant que le législateur n'eût fourni un moyen d'action à la personne lésée dans ce genre de cas (*Larceny Acts, 1861 et 1916*).

En cas de vol ou atteintes ou troubles à la détention du serviteur, les actions appartiennent au maître d'après la règle du *Remnant's case*. Il fut même jugé dans l'affaire *Hopkinson v. Gilson* 1805, qu'un colonel, qui avait acheté des chevaux pour l'armée ne pouvait pas intenter l'action de « trover » pour ses mandants parce qu'il n'était pas un « bailee », mais seulement un agent ou un serviteur. Cependant Lawrence J. se demanda si l'officier n'aurait pas pu intenter l'action de « trespass » contre le *dejiciens*. La règle reste encore un peu vague dans ce cas.

La responsabilité du serviteur fut étendue par le « statut » 21 Henr. VIII C. 7. de 1529. Et le délit d'« embezzlement »

fut créé par le 39 Geo. III c. 85 en 1799, causé par l'affaire *Bazeley* de la même année.

Un mineur peut être agent d'autrui, la pleine capacité n'étant pas nécessaire pour faire acquérir des droits à autrui. Mais le mineur ne peut encourir aucune responsabilité de par son contrat avec le mandant même en cas de délit civil ou fraude de la part du mineur (« *Infant's* » relief Act 1874). En droit anglais la protection accordée au mineur va jusque là, dépassant les droits continentaux même les plus favorables aux incapables. A l'opposé personne ne peut par agent contracter hors de sa propre capacité contractuelle.

§ 7. — *Bailment*.

Le « *bailment* » est dans sa plus large acception : la tradition d'une chose par une personne appelée « *bailee* » à une autre appelée « *bailor* » en vue d'un certain but et avec la condition expresse ou tacite qu'une fois ce but atteint la même chose identique sera rendue au « *bailor* ».

Suivant le jugement célèbre de Lord Holt dans l'affaire *Coggs v. Bernard*, il y a six sortes de « *bailement* ».

1° *Depositum*, dépôt d'une chose dans l'intérêt du déposant et gratis sans récompense due au dépositaire.

2° *Commodatum*, prêt d'une chose au bénéfice dû à l'emprunteur, c'est le prêt à usage.

3° La *locatio conductio*, où une des parties prend à bail la chose de l'autre.

4° *Vadium*, mise en gage d'une chose pour garantir une dette ou toute autre obligation ; « *pawn* » quand il s'agit des prêts sur gages faits chez les « *pawn brokers* » prêteurs sur gages officiels qui tiennent lieu de nos monts-de-piété et « *pledge* » en cas d'un prêteur quelconque.

5° *Locatio operis faciendi*, dépôt où quelque chose doit être fait par le dépositaire sur la chose pour un salaire ou récompense ; c'est le cas du savetier qui reçoit des souliers à raccommoder.

6° *Mandatum*, dépôt de la chose sans que le dépositaire

reçoive aucune récompense, mais doit y faire quelque chose, et généralement la transporter; c'était le cas dans l'affaire citée, le « bailee » s'était engagé à transporter un tonneau de brandy, gratis, et il s'agissait de déterminer sa responsabilité pour sa négligence qui en avait causé la perte.

Sous la même rubrique on voit que sont réunis des contrats qui, en droit romain, seraient divisés en contrats réels et consensuels et où la possession ne passerait que dans le cas du gage. En outre, le *mandatum* est réduit à un seul cas. Le mandat anglais « agency » en général est un mandat salarié dont la théorie diffère sensiblement du droit romain.

La raison, qui fait réunir ces six catégories sous le même titre est qu'ils sont tous caractérisés par un changement de possession qui passe au « bailee » lequel se définit une personne à qui la possession de meubles donnés est confiée pour un but défini mais sans intention de lui transférer la propriété de ces meubles. Les principales caractéristiques de sa situation sont de pouvoir poursuivre un *dejiens* en « conversion » même s'il est responsable pour les meubles envers le « bailor » et de pouvoir se rendre coupable d'un délit (Larceny Act. 1916) s'il convertit à son propre usage ou à celui d'un autre une chose capable d'être volée dont il est « bailee ». Mais ceci est l'état définitif du droit et l'on doit voir comment on y arriva.

1^o *Historique*. — Mr. J. Holmes estime que le « bailment » est de pure origine germanique; il en donne comme raison la responsabilité absolue du « bailee » quand il est privé de la chose par un *dejiens*. Il cite les anciennes règles *Salic Law*, V. s. *Anglo-Saxon Law of Alfred* relatives au « cattle stealing » basées essentiellement sur la perte de la possession contre la volonté et condition nécessaire et suffisante pour agir. Cette possession appartenait au « bailee » par le fait de la tradition de la chose. C'est donc des conditions primitives de la société que découla la règle, que le « bailee » non le « bailor » était la partie convenable pour poursuivre en cas d'appropriation sans droit d'un meuble par un tiers et qu'en conséquence le « bailee »

n'avait aucune excuse en cas de perte ou vol, même sans faute de sa part. La règle originale était que le « bailee » n'était responsable si strictement que parce qu'il était seul capable de poursuivre, mais ce fut Beaumanoir, à l'époque de qui on avait oublié l'origine de la règle qui la renversa et dit que le « bailee » pouvait poursuivre parce qu'il était seul responsable; ce que l'on répète maintenant.

Pourtant Bentham rapporte qu'autrefois le droit romain avait été appliqué quant à la possession et que le dépositaire, le mandataire, et autres « bailees » n'avaient pas la possession contre le « bailor » (Chancellor Stillington Yer Book 13 Ed. VI f. 9.) et des écrivains comme Glanvil disent que si la chose prêtée ou empruntée est détruite ou perdue de n'importe quelle façon tandis qu'en la garde de l'emprunteur, il est absolument obligé de rendre un prix raisonnable, de même Bracton répète Justinien quant aux *commodatum*, *depositum* et *pignus* ainsi que l'obligation d'agir en *paterfamilias diligenter*. Il est vrai qu'à l'époque de Staundford, 1567, un domestique, à qui son maître avait confié de l'argent pour le remettre à un tiers, était dit avoir possession en « Common Law » (21 *Herr.* VIII) on en faisait donc un « bailee » du moment qu'il n'accompagnait pas son maître, et Staundford remarquait que le Common Law était au criminel plus favorable que le droit romain. Nous avons vu que cette règle a été renversée; il paraît donc logique de dire que si le droit relatif au « bailment » a subi l'influence du droit romain, par contre il est beaucoup plus germanique d'essence que romain.

2^o *Catégorie de personnes pouvant être « bailees ».* — Nous avons déjà vu qu'un mineur peut être agent, son incapacité ne l'empêche pas non plus d'être « bailee » et il n'est pas davantage responsable en cas de fraude ou de délit civil mais il l'est quand il commet le délit de larcin (Larceny Act, 1916) même quand les choses lui ont été livrées par une convention rendue nulle par le « Infant's relief Act » de 1874 (Mac Donald, 1885 15 Q. B. L.).

Quoique, ordinairement, un contrat soit un élément essentiel du « bailment » à l'époque où la femme mariée ne pouvait pas contracter librement, il fût cependant décidé par une loi de 1861 qu'elle pouvait être « bailee » (24-25 *Vict. C.* 96).

Quant aux autres cas nombreux assimilés à des « bailments », en général, remarque M. J. Wright, une même chose est un « bailment » en droit criminel et en droit législatif aussi bien qu'en matières civiles (*Hassal's case*, 1861). Mais il semble que les personnes désignées par Story comme « quasi bailee for hire » : tels que les « revenue officers » qui ont fait une seizure, les « prize agents » « Officers of courts » ne sont pas des « bailees » aussi bien en Common Law qu'en Statutory Law à moins de quelque accord en ce sens. Nous avons vu que dans certains cas la possession peut passer au sheriff; maintenant il paraît difficile de dire qu'il y a un contrat même tacite entre un officier de justice et l'exécuté; on ne peut dire que la volonté des parties a été prise en considération : et l'auxiliaire de la justice n'a pas toujours à rendre la chose car la vente judiciaire peut en être ordonnée.

La base fondamentale du « bailment » est que la chose identique doit être rendue, on conçoit donc que n'importe qui, en général, peut être considéré comme un « bailee » et généralement celui qui reçoit, autrement que comme un serviteur, la possession d'une chose des mains d'un autre ou consent à recevoir, détenir la possession d'une chose pour une autre personne entreprenant soit de la garder et de la retourner soit même de la transporter et de l'employer suivant des directions présentes ou futures. En théorie, cette distinction paraît très simple, mais en pratique, elle crée pas mal de difficultés. Par exemple un « factor » est-il un « bailee »? Par les règles du Common Law et l'usage commercial dit : Sir W. B. Anson c'est un agent à qui des marchandises sont consignées dans le but de les vendre et il en a la possession, l'autorité de les vendre en son nom et une liberté complète pour les conditions de la vente; il peut les vendre à crédit, dans les conditions habituelles, en

recevoir le prix et donner une décharge valable à l'acheteur; il a de plus un « lien » sur elles pour ce qui lui est dû et un « insurable interest », le pouvoir qu'il possède lui étant donné par le Common Law ne peut être restreint par des instructions privées. Il semble donc que le « factor » ne rentre pas dans la catégorie des « bailees ». Cependant Story (bailment 2) dit qu'une personne n'est pas moins un « bailee » parce qu'elle a le droit de vendre la chose qu'elle détient en dépôt pas plus qu'un serviteur cesse de l'être simplement parce qu'il est commandé de livrer la chose à l'acheteur. M. Wright adopte cette façon de voir s'appuyant sur la décision peu claire de « Walsh's case » et sur ce que ce serait le motif de la loi passée contre la « criminal conversion » par les « agents », loi qui fut votée en conséquence de cette affaire.

Dans *Williams v. Millington* 1788 Health I. dit qu'un « auctionner », qui a des marchandises à vendre soit chez lui, soit dans les lieux appartenant au marchand, peut maintenir l'action de « trespass » et de « theft » comme un « bailee ». Pourtant il y a une décision contraire (Prince 1827) basée sur le langage d'une des vieilles lois sur les « bailees » frauduleux d'une espèce particulière. On se trouve en présence d'un conflit entre les clauses d'une loi particulière contre les agents frauduleux et celle d'une loi générale contre les « bailees » frauduleux; ce que M. Wright est obligé de reconnaître, un fort argument contre sa théorie, quoiqu'il n'y veuille voir qu'un exemple de la redondance fréquente des lois anglaises la coutume étant de laisser subsister les vieilles lois se référant à des cas particuliers à côté des lois postérieures comprenant ces formes particulières dans une disposition générale.

Opposé à cette opinion on trouve le Chancelier Kent dans ces commentaries v. 2. s. XI où il discute cette doctrine de Story, que la tradition d'une chose, non pour être gardée et retournée, mais pour être gardée, convoyée et livrée dans le but ou par moyen d'une aliénation absolue rend l'accipiens un « bailee » et ne l'admet pas. A l'appui de la théorie de ce dernier auteur, en plus de l'argument

donné plus haut, on peut ajouter que le « cas » cité à l'appui n'est pas convaincant car le juge dit « comme un bailee », et non « qu'il est un bailee », ce qui affaiblit le poids argumentaire de la décision, et de plus la décision contraire lui est d'ailleurs subséquente; en outre la loi mentionnée le « Larceny act » de 1861 remplacé par le « Larceny act de 1916 » ne contient pas une clause générale contre tout « bailee » et ceux qui y sont assimilés, mais, plusieurs clauses différentes pourvoyant à de nombreux cas distincts; c'est ainsi qu'une d'elles se rapporte au « bailee » frauduleux, une autre au « trustee » infidèle, d'autres encore aux personnes ne rentrant pas dans des catégories spécifiées, c'est-à-dire toute personne recevant de l'argent ou des meubles des mains d'une autre pour l'employer d'une façon ou d'une autre, mais de manière à aliéner la chose reçue, ou dans d'autres cas, le revenu de la chose confiée, on est ainsi bien éloigné du « bailment ».

Le cas du « broker » semble différent à M. Wright de celui du « bailee ». En effet, il détient les marchandises quelquefois en son nom propre, ou bien il peut, s'il les détient au nom d'autrui n'être à aucun moment fixé pour quel mandant il détient les choses ou les titres les représentant, le courtier donc ne peut pas être un « bailee ».

En Common Law, les hôteliers et voituriers sont responsables en cas de dommage ou perte subie, quant aux meubles dont ils avaient la charge sauf les trois exceptions : « Act of God » fait du prince et faute du client.

Les premiers ne semblent pas être des « bailees » au sens propre du mot quoique les textes de lois et les auteurs leur reconnaissent directement ou indirectement la possession. Il paraît plutôt que leur situation s'apparenterait davantage à celle du dépôt nécessaire romain, avec ses obligations plus lourdes en raison de la nécessité où se trouve le client de se reposer sur lui. En tout cas c'est une création apportée par des nécessités pratiques et non par analogies juridiques.

Le cas du « Common carrier » ou voiturier public est plus difficile. Les uns disent que sa responsabilité fut

empruntée au droit romain, ou encore introduite par la coutume pendant le règne d'Elisabeth, M. Holmes croit que sa stricte responsabilité est une survivance du droit général du « bailment », ce qui serait assez logique, quand on se rappelle, qu'au temps de Staundford, on reconnaissait la possession au domestique chargé de transporter une chose de son maître au loin. Peut-être, pourrait-on aussi arguer, de même que pour les hôteliers, des règles romaines relatives au *receptum nautarum*, *cauponum*, *stabularium*. Mais la différence est toujours qu'en droit romain la possession ne passe pas, ce ne sont que des mesures de police intérieure. Par contre, Bentham pense que l'aubergiste a la possession des choses apportées dans son auberge car il est « bailee », et il semble s'appuyer sur l'affaire *Rooth v. Wilson* 1817 où il est dit que la possession est toujours transférée par la tradition et que la tradition est nécessaire pour le don, la vente et le « bailment ». Mais tout ceci n'est pas très affirmatif.

Quant au voiturier public on en parle souvent comme d'un « bailee » et certainement à l'origine il dut être considéré comme un « bailee », aussi peut-on le laisser dans cette classe en ajoutant qu'il est soumis à des règles spéciales, entre autres d'être l'assureur de ces clients.

Quant à la formation du contrat le « bailee » doit avoir le contrôle exclusif de la chose : généralement, le contrat se forme par une tradition avec intention de transférer ce contrôle séparé, indivis et exclusif de la chose pour un temps donné. Cette tradition n'a pas besoin d'être faite par le « bailor » et le changement de possession peut se produire sans changement de détention, de plus, il est admis que le contrat peut être créé tacitement aussi bien qu'expressément.

Le « bailment » peut être « at will », c'est-à-dire sans terme ou pour un temps donné durant lequel le « bailor » est obligé de laisser la chose au « bailee » à moins que celui-ci ne commette un acte contraire à son contrat, ce qui a pour effet d'y mettre fin et de permettre au « bailor » de reprendre sa chose quand il le veut.

Par une règle générale de droit dont plusieurs exemples sont donnés dans les *Years Books*, qui est sous-jacente dans tout le droit relatif au vol et est particulièrement illustrée par les décisions sur les vols par « *bailee* » la possession, originellement obtenue par consentement, ne peut pas ordinairement devenir vicieuse.

La doctrine du « *trespass ab initio* » est l'exception fondamentale à cette règle. Cette doctrine pour laquelle le jugement dans les « *Six carpenters, case* » est usuellement cité, est ainsi exposée : lorsqu'une personne, qui a obtenu par une permission générale accordée par la loi la possession, abuse ensuite de cette possession, il en sera inféré que cette personne, quand elle a accompli son premier acte qui lui fit acquérir la possession, a agi dès le début avec l'intention de commettre cet abus et, en conséquence, a pris cette possession, non par autorité de la loi, mais de son propre tort ; de sorte que son premier acte est un « *trespass* » et ce rétrospectivement.

Cette règle ne s'applique pas à la possession acquise par tradition ou par permission d'une personne privée. En conséquence la règle générale du vieux *Common Law* est, qu'aucun acte malhonnête ou délictueux civilement commis par un « *bailee* » durant le « *bailment* », ne peut être un « *trespass* » ni un vol. *Y. B. 1479 Easter 13 E. P. 9. 3.* *Star Chamber*, affaire dans laquelle un homme accepta de transporter des balles de marchandises à *Southampton*, les emporta dans un autre lieu, les ouvrit et prit le contenu. *Brezan C. G.* décida que la tradition était régulière ainsi que le « *bailment* » et qu'en conséquence il n'y avait pas de vol... Pourtant cette règle doit être prise avec deux rectifications : 1^o Une personne qui a obtenu possession d'une chose, par tromperie ou fraude, en « *bailment* » quoique réellement entendant la voler, est dite n'obtenir aucun « *bailment* », mais une possession vicieuse telle qu'elle est d'elle-même un vol et une telle intention peut être déduite d'acte subséquent (*Riley's case*). Il faut distinguer ce cas de celui où la personne a obtenu le « *bailment* » par fraude, mais entend détenir la chose comme

« bailee »; dans ce cas, il faut déterminer si le « bailment » est valable ou non. Ce sont les règles relatives aux contrats qui s'appliquent alors.

2^o Dans certains cas, le « bailment » peut être terminé et alors la possession du « quondam bailee » cesse ou peut devenir vicieuse. Un « bailment » se termine par retradition de la chose au « bailor » ou par des actes qui sont considérés détruire l'identité de l'objet même du « bailment » et en même temps le « bailment » lui-même.

La retradition actuelle n'a pas besoin de commentaires excepté si la redélivrance est simplement faite dans un but spécial et n'est pas entendue par le « bailee » comme mettant fin au « bailment », elle ne le termine pas. Mais si le « bailee » dépose la chose chez un tiers et si d'accord avec le « bailor », il décide que ce tiers détiendra pour le « bailor », il se produit une retradition et l'ancien « bailee » peut alors voler la chose s'il la reprenait (Stear 1848).

Peut-être un simple accord entre « bailor » et « bailee » que le « bailee » désormais détiendra comme un serviteur peut-il avoir le même effet soit directement, soit par façon d'« estoppel ».

Un acte délictueux, pour être capable de terminer la possession acquise par le « bailment », de manière à rendre le « quondam bailee » responsable en cas d'une appropriation subséquente sans droit, comme le serait un vol, doit être d'une nature plus grave que les actes qui sont suffisants pour rendre un « bailee » responsable en « trover » comme pour une atteinte au droit de possession du « bailor ».

Tout acte ou disposition, qui est entièrement contraire ou qui serait une complète négation du « bailment », rend au « bailor » son droit à la possession, et aussi par là, son droit à intenter l'action de « trover » et de « detinue », même si le « bailment » était pour un délai non expiré ou autrement non révocable à volonté.

En « trespass » et en « theft » le trouble n'est pas comme en « trover » fait au droit à la possession et le « bailment » ne peut être terminé que par un acte qui ne détruit pas le objet du « bailment » même;

La seule extension de cette théorie en Common Law fut celle du « breaking bulk » suivant laquelle un « bailee » d'un ensemble ou d'un tout pouvait, en défaisant un paquet ou ouvrant une caisse ou mettant en perce un baril, opérer un changement dans la chose, lequel pût être considéré comme suffisant pour admettre qu'il ne rendait pas la chose identique qu'il avait reçue, ce qui donnait un caractère vicieux à sa possession.

Avant la loi de 1861, si le « bailee » avait vendu le baril en entier sans y toucher, il n'aurait pas été coupable de vol. Cette théorie du « Breaking bulk » fut introduite sous Edouard IV par le *Carrier's case* Y. B. 19 IV. 9 Parch pl. 3 (K. S. C. 223) où le fait de tirer une pinte de bière fut considéré comme suffisant pour créer un vol.

En 1691.3, W. et M., c. 9, s. 5, une loi étendit cette doctrine aux locataires en meublé volant les choses à eux confiées.

Et en 1857, 20-21, V. c. 54 s. 17, une règle générale fut établie en cas de disparitions malhonnêtes des choses confiées aux « bailees ». La loi de 1916 (*Larceny Act 1916*) a modernisé tout cela.

On pensait en 1729 (Tumard Heach 214) que l'arrivée du terme du « bailment » suffisait à enlever au « bailee » sa possession, mais cette jurisprudence était opposée à celle des décisions plus anciennes et a été définitivement repoussée dans *Banks* 1821 R. et R. 441. La possession ne cesse pas tant que le bailee n'a pas transféré la possession à un autre ou rendu la chose.

Un doute peut s'élever s'il peut y avoir un « bailment » quand la chose est livrée pour être employée seulement en la présence du « tradens ». Dans une décision, *Frampton*, 1846 2 C. et K. 47, il semble qu'on a pensé qu'une possession se produisait dans de telles circonstances quoique une autre raison fut suggérée pour le jugement, l'absence de valeur de la chose.

Mais suivant de nombreuses décisions, il ne paraît pas qu'un « bailment » puisse se produire en l'absence de preuve d'une intention de la part du tradens de se séparer de la

possession en transférant le contrôle de la chose. Il en serait autrement s'il y avait de la part du propriétaire une intention de donner le contrôle séparé et exclusif de la chose, quoique avec la condition de ne pas l'emporter; un changement de possession se produirait.

Un dépôt de pièces de monnaie non à rendre, ni à disposer *in specie* n'est pas un « bailment » au point de vue civil, ni au criminel (Hassal's case 1861)· c'est une dette ou un trust. Il en serait autrement si les pièces étaient déterminées et devaient être employées ou rendues *in specie* comme lorsqu'elles sont encloses dans un sac ou une lettre. C'est ainsi que dans 2 cas, Goode 1842 et Smith 1844, il semble que l'on a décidé qu'une personne n'étant pas ou n'agissant pas comme un serviteur et recevant de l'argent d'un propriétaire pour qu'elle entreprenne de le verser à une autre personne suivant les ordres du propriétaire et si ensuite cette personne s'appropriait cet argent elle se rendait coupable de vol en Common Law. Mais on doit admettre que l'entreprise était de remettre les pièces mêmes ou de les verser ou d'en disposer spécifiquement puisque autrement les accusés auraient été de simples débiteurs et n'auraient pu être coupables de vol n'étant pas des serviteurs. Ces exemples montrent l'embarras des juges devant des cas ne rentrant pas dans les catégories connues. C'est à cela qu'a obvié l'acte de 1916 par ses diverses sections sans dire qu'ils rentraient dans le cas strict du « bailment ».

On trouve encore d'autres exemples d'avant les lois mentionnées et qui maintenant sont couverts par elles. C'est ainsi que dans le Leigh's case 1800, une voisine durant un incendie emporta des objets appartenant à l'incendié et de son consentement les mit chez elle et ensuite elle se les appropriâ; il fut jugé qu'elle était un « bailee », donc non coupable. Par contre dans le Campbell' case 1792, un locataire qui s'entremet pour aller changer un billet de banque pour sa logeuse et le garda, fut jugé coupable, ayant montré une intention de voler dès le début. Dans le « Reeve's case » une personne qui prit une montre de la

main d'un homme ivre qui le laissa faire fut jugée un « bailee ». C'est ce que l'on appelle un « bailment » de charité.

Tous ces exemples enseignent plutôt que les décisions variaient avec les circonstances qui rendaient les faits plus ou moins malhonnêtes plutôt qu'elles ne suivaient des règles bien définies.

Une question assez délicate est celle où la chose est en transit entre le propriétaire et le « bailee ». Quand la chose est remise au serviteur du « bailee », les difficultés qui se présentaient en cas d'aliénation et de remise par l'aliénateur de la chose au serviteur de l'acheteur, difficultés palliées par le droit relatif à l'« embezzlement », sont augmentées par la complication provenant de ce que le « bailor » retient le droit de propriété sur la chose. Les questions qui se posent sont donc les suivantes : le serviteur a-t-il la possession contre son maître comme en cas d'aliénation, il l'a contre l'aliénateur son maître ? Si oui, est-ce que la loi sur l'« embezzlement » s'applique ? Le serviteur a-t-il la possession contre le « bailor » ? Cet intermédiaire « bailee » subordonné ou messenger tombe-t-il sous le coup de la loi contre la « conversion » par « bailees » ? Est-ce que le « bailee » peut maintenir « trespass » et « theft » comme il peut se servir de « trover » (*Fowler v. Down* 1757), contre un étranger qui prend la chose des mains du serviteur ou d'autre intermédiaire ? En 1839 il y eut un cas, le *Jenkin's case*, où le serviteur d'un mandant reçut un paquet des mains du mandataire pour le porter à un voiturier et il fut jugé qu'il était « bailee » du mandataire.

Et une décision de 1831, l'affaire *Savage*, 5. C. P. 141, où les faits tels qu'ils furent admis par Patterson J. en l'absence de témoin suffisant sont les suivants : une servante fut envoyée par sa maîtresse à un magasin pour y prendre des châles ; en s'en retournant elle se les appropriâ et fut poursuivie pour vol aux dépens du boutiquier. Le juge conseilla l'acquittement car, dit-il, en « Common Law » une plainte pour vol n'aurait pu être maintenue par sa maîtresse et à plus forte raison ne le pouvait-elle pas être dans le cas du plaignant dont l'accusée n'était pas la

servante. Il semble donc qu'il fut admis que la réception des châles par la servante fut légitimement et correctement faite et qu'ensuite le fait qu'il lui vint à l'esprit de les convertir à son propre usage ne changea rien au caractère de la possession.

La question se pose de savoir à ce moment-là à qui appartenait la possession des marchandises. M. Holmes pense que le contrat était entre la maîtresse et le boutiquier donc celle-ci était le « bailee » de ce dernier, la servante ne l'étant pas.

L'opinion de Patterson J. paraît être que la servante avait la possession comme dans le cas de vente et pour cette raison ne pouvait se voler elle-même sa propre possession, possession qu'elle seule détenait. Il semble qu'il faut admettre, sans doute, que la servante jusqu'à la fin du transit des choses, ou l'intermédiaire, ou le « bailee » pouvait user de l'action de vol comme en cas d'aliénation contre tout étranger. Patterson Y. ne fait donc que suivre l'ancienne règle apportée dans le « Mirror of justices » où parmi les apocryphes « Feats of justices » attribuées au roi Alfred, il y a celui : « qu'il fit pendre Wolmer parce qu'il avait condamné un certain Grant à mort pour larcin d'une chose qu'il avait reçue au titre de « bailment ».

Tout ceci ne peut être considéré que comme historique et on doit admettre avec la majorité des auteurs que les textes des lois nouvelles quoique ne décidant pas si telle ou telle situation rentre ou non dans celle du « bailee » par contre sont assez larges pour couvrir tous les cas mentionnés plus haut et donner une protection suffisante même si elles n'ont pas été faites dans ce but; quoique la question relative au passage de la possession soit laissée dans le vague.

Protection du Bailee moyens possessoires qu'il possède. —
En général un « bailee » a les mêmes droits de protection contre les tiers au point de vue du vol de la chose qu'un propriétaire car il a la possession et un droit à la possession qui forme un « interest » tel qu'au point de vue criminel ou

civil il peut agir non seulement contre les tiers mais aussi contre le « bailor » pour faire respecter ce droit. Ainsi que nous l'avons vu précédemment cette règle s'explique par l'origine de la protection possessoire. Pour en marquer encore plus nettement la nature et le caractère nous citerons ce qui fut dit à ce sujet. Dans *Rogers v. Spence* 1811 : « Les moyens de « trespass » quatre *clausum fregit* et de *bonis asportatis* furent regardés comme indépendants du droit de propriété comme étant une extension de la protection que le droit jette autour de la personne et la conclusion pratique fut que le droit d'une personne de recouvrer des dommages et intérêt en « trespass » pour un trouble à la possession alors considéré comme un tort à la personne, en conséquence ne passait donc pas en cas de faillite (avant 1862) à ses « assignies »¹.

Les moyens du « bailee ne sont pas toujours exclusifs, car le « bailor » par son droit à la possession peut retenir concurremment avec lui un droit suffisant pour pouvoir maintenir « trespass » ou « theft » contre les tiers. Il est donc important au point de vue pratique de déterminer dans quels cas un simple droit à la possession suffit pour intenter ces actions et quelles sont les conditions requises. Il y a dans les vieux livres « Years Books abrigment » et dans certaines décisions² des expressions qui montrent qu'une personne avec un droit à posséder la chose quoique sans la possession, peut toujours maintenir « trespass » excepté quand son droit est suspendu pour un temps e. g. « bailment » à terme, ou « lien » *Gordon v. Harper* 1796, 7, T. R. 9. Dans les mêmes conditions il peut certainement user de « trover » et « détinue » contre un étranger qui prend la chose sans droit. Si cette vue est correcte, remarque Sir F. Pollock, cela montrerait bien que le fondement de l'action en « trespass » est le trouble au droit à la possession.

La situation du « bailor » pour un temps donné est très difficile à déterminer car il n'a plus qu'un droit nu

1. Nous savons déjà l'impossibilité qui existait dans l'ancien droit au regard de la transmissibilité des droits de créance.

2. V. Wrus., S. 47b.

« bare right » et remarque M. Wright il est difficile de voir comment une « injuria » immédiate et *vi et armis*, conditions nécessaires pour un « trespass » peut être faite à un droit, à un simple droit. Ce serait concevable dans le cas où le « bailment » est révocable à volonté, soit conditionnellement, soit sous une condition postative, mais si le « bailment » est pour un terme certain, comme dans le cas de meubles loués au locataire d'un meublé et terminable seulement par avis, ou après défaut du « bailee », ou par n'importe quel fait survenant et ne dépendant pas de la volonté du « bailor » et opérant rupture du contrat de « bailment »¹; alors, jusqu'à ce que le délai soit expiré ou qu'un de ces faits quelconque ait rendu terminable ou ait mis fin au « bailment », il semble que le « bailor » soit exclu du droit d'agir et ne puisse maintenir ni « trespass », ni theft », ni « trover » même contre un étranger.

M. J. Holmes est aussi de cette opinion, et il base son argument sur ce que : « Dans les « Years Books » les marchandises livrées à un « bailee » et vendues ou données par lui à un tiers passent en propriété à ce dernier et le « bailor » n'a pas l'action de « trespass » contre lui mais il a un moyen contre le « bailee », le « writ » de « detinue », mais pourtant dans d'autres passages on trouve que le « writ » de « trespass » fut donné dans le Y. B. 48 ED. III, 20 P. 8. au « bailor » ainsi qu'au « bailee » et celui qui agit le premier et réussit, empêche l'autre de procéder ; les deux auraient donc ainsi une seule action pour un même acte².

Certaines décisions judiciaires viennent renforcer cette opinion. Dans *Lolan v. Gross* 2 Camp 464; Lord Ellen-

1. Ce qui a pour effet de créer « a remitter to the right of immediate possession », de remettre le « bailor » dans la position d'un « bailor at will » ce qui lui rend les actions.

Pour expliquer cette vieille règle, on pourrait peut-être dire que le livraison des marchandises sans droit entraîne la rupture du contrat de « bailment ». Mais cela n'explique pas le fait que l'action appartienne aussi au « bailee ».

2. En droit moderne les juristes ont ajouté la condition de bonne foi chez l'acquéreur.

borough établit la règle (*at nisi prius*) qu'un prêteur peut maintenir « trespass » pour dommage fait à un meuble dans les mains d'un emprunteur¹. On doit donc admettre que l'emprunteur a « trespass » et « trover » d'après *Attenborough v. London St Katharine Docks C^o 1878* 3 C. P. D. p. 454 (Bramwell J.) le paiement de la valeur de la chose à un possesseur même en vertu d'un jugement n'est pas une défense contre l'action du véritable propriétaire.

Et dans *Nicolle v. Bastard* 1835 2 C. M. R. 660 Parke B. dit : « N'importe lequel (« bailor » ou « bailee ») qui le premier obtient réparation, c'est une satisfaction complète. Mais par contre dans *The Winkfield* 1902 6. 61 Collins M. R. dit : « Le « wrongdoer » ayant payé une fois ayant fait réparation entière au « bailee » a une défense contre toute action par le « bailor ».

D'autre part, s'appuyant sur cette même affaire, Sir J. Salmond dit qu'il n'a jamais été décidé, mais le droit peut être présumé être, que si un demandeur ayant droit par la règle du « Winkfield's case » 1902 à recouvrer la pleine valeur de la propriété perdue pour son compte et pour celui d'autrui, ne peut agir que si ceux-ci n'y font pas d'objections, un « bailee » ne peut pas contre la volonté de son « bailor » ou un agent contre celle de son principal, recouvrer la valeur entière de la chose, en son propre nom. Donc si le « bailor » ou principal a déjà recouvré par action ou autrement la valeur de sa chose le « bailee » ne peut recevoir que la valeur de son droit. Il doit s'ensuivre aussi que lorsqu'un demandeur à intérêt limité entame une action pour recouvrer entièrement la propriété; que ce soit une bonne défense à l'action, qu'une demande a été faite par l'ayant droit à la chose entière. Il en fut ainsi décidé dans *Biddle v. Bond* en 1865 pour un demandeur ayant seulement un intérêt pécuniaire; donc la règle

1. M. J. Holmes fait une réserve sur cette affaire : l'emprunteur était-il un serviteur ou un « bailee ». S'il était un serviteur il n'y aurait pas eu de changement de succession.

paraît acceptable pour toutes demandes par une personne à intérêt limité.

Le « bailee » peut avoir aliéné, perdu ou même « bailed » la chose ou en avoir été privé par un tiers, la possession peut avoir passé d'une 3^e à une 4^e personne ou même à un plus grand nombre. Il reste donc à examiner la distribution des droits et obligations en regard de la chose dans chacun de ces cas.

Si le « bailee » aliène la chose par permission ou ordre du « bailor », aucune difficulté ne se produit et la propriété ou possession, suivant les circonstances, passe à l'*accipiens*.

Si le « bailee » remet la chose en « bailment » par ordre ou permission, le 2^e « bailee » peut devenir un « bailee » immédiat à la place du 1^{er}, celui-ci disparaissant, ou au contraire, il peut retenir un certain droit (possession médiate « reversionary intérêt ») et il ne se produit aucune « privity of contract » aucun lien obligatoire direct entre le « bailor » et la seconde personne, mais malgré cela M. J. Wright croit que le « bailor » et le 1^{er} « bailee » ont concurremment les droits d'un « bailor » contre le second suivant la nature du « bailment ». Dans ce cas tout dépendra donc de la volonté du « bailor » et ce sera seulement une question de fait à déterminer.

Si le « bailee », dans un « bailment » révocable à volonté, aliène la chose sans droit, ou la donne à tort en « bailment » à une 3^e personne; la possession de cette dernière peut être ou non, vicieuse envers le « bailor », suivant qu'elle a reçu tradition de la chose du « bailee » ou l'a prise par une simple licence de sa part; car un « bailee » a un droit suffisant pour donner à un tiers par tradition la possession même contre le véritable propriétaire (*Isaack v. Clarch* 1615 Coke C. J.) que le tiers croie ou non que le « bailee » ait ou non le droit de livrer la chose. Mais on dit que le « bailee » n'a pas qualité pour consentir à ce que le tiers prenne la chose; dans ce dernier cas le « bailee » peut être « estopped » par son propre consentement donné à tort, mais le « bailor » garde ses moyens intacts. Si cependant

le « bailment » n'était pas révocable, il est douteux que le « bailor » puisse poursuivre pénalement ou agir civilement contre le tiers. (Ceci étant entendu tant que son droit n'est pas affecté par la disposition faite.

Les principaux textes pour la distinction entre tradition par le « bailee » ou enlèvement sans son consentement sont : Y B 21 H. VII G 3. et 2. E. IV et Laccon Y. B. 1473; la distinction est soutenue par l'analogie en cas de connivence.

Si le 1^{er} « bailee » redélivre la chose au propriétaire simplement dans un but particulier, celui-ci devient le « subbailee » de son propre « bailee » : *Roberts v. Wyall* 1810, 2 Taunt 268 et *cp per Littleton J. In 33 H. VI. P. 268*, et les droits et obligations des parties paraissent être généralement les mêmes comme si le 1^{er} « bailee » était le « general owner » mais on peut se demander si un tel « bailment » entre dans les règles données par les lois contre les « bailees » frauduleux.

Il reste maintenant à considérer les cas où la chose passe du « bailee » à un tiers, par perte ou *dejectio*.

En cas de perte par le « bailee » et d'invention par un tiers, les droits et obligations apparaissent être les mêmes que si le « bailee » était le « general owner », excepté que le véritable propriétaire peut avoir des droits concurremment avec le « bailee ».

En cas de *dejectio* par un tiers du « bailee » avec « bailment » révocable, il semble que suivant les cas précédents, la possession du *dejiciens* sera complètement vicieuse envers le véritable propriétaire, à moins que sa prise de possession ne soit justifiée par autorité de la loi ou autrement, et à moins que le « bailee » y consente et ait le droit de consentir.

La répartition des droits et obligations quant à la chose, lorsqu'elle a passé à une personne à n'importe quel degré de succession à partir du propriétaire, dépendra principalement de la question de savoir si oui ou non le prédécesseur immédiat a acquis la possession par « trespass » ou non. Si ce prédécesseur a acquis la possession par « tres-

pass » alors la situation du dejiciens sera la même que celle de n'importe quel acquérant de quelqu'un qui a acquis par « trespass » du propriétaire. Si le prédécesseur a acquis la possession sans « trespass » le caractère de la possession sera déterminé par les mêmes considérations qui déterminent le caractère de la possession d'une 3^e personne qui acquiert du « bailee » immédiat du propriétaire.

Un autre cas qui peut se présenter est celui du vendeur « bailee » de l'acheteur.

Tant que la chose reste chez le vendeur sans qu'il ait accepté de la détenir comme « bailee » de l'acheteur, il est clair que le vendeur ne peut la voler car il est légitimement en possession, de son propre droit; mais s'il accepte de détenir la chose comme « bailee » de l'acheteur, alors il peut se rendre coupable de vol de même que n'importe quel autre « bailee », et il semble tomber sous le coup des lois contre la « conversion » par « bailee ». Une telle acceptation peut être inférée de la simple *custodia* après le changement de droit à la possession sans quelques requête ou promesse ou un acte non équivoque d'admission de la part du vendeur, car l'acceptation fait varier les droits des parties (Blackburn on sale liv. 4)

Un étranger peut voler le vendeur dans un tel cas. Il semble de plus que la *dejectio* « taking » par l'étranger peut être attaquée par l'acheteur en raison de son droit présent à la possession puisque raisonnablement le vendeur peut être cru détenir sa possession comme agent ou représentant de l'acheteur.

L'acheteur qui a droit à la possession ne peut pas suivant Bacon (tres. p. 57 577) commettre un « trespass » en prenant la chose au vendeur, mais si le vendeur a accepté d'être « bailee » il semblerait que dans ce cas l'acheteur peut commettre un « trespass » contre lui aussi bien que n'importe quel autre « bailee ».

Un autre cas pouvant se produire est celui du « bailee » du vendeur.

Si une personne, avant le changement du droit à la possession, avait acquis la possession de la chose comme

« bailee » du vendeur et accepté de devenir le « bailee » de l'acheteur (par « attornment ») il le devient pour tout effet. Mais par le simple fait de la vente il ne devient pas le « bailee » de l'acheteur; en effet la vente ne peut pas transférer le lien créé par le contrat. Quelle est donc sa situation s'il n'y a pas d'« attornment »? Il est absurde de supposer que sa détention devient une détention pour lui-même (in his own right). Il doit donc être considéré, comme continuant à détenir comme « bailee » du vendeur en raison du droit quelconque que celui-ci garde « special property » ou « reversionary interest », et il est envers le vendeur comme n'importe quel « bailee » envers n'importe quel « bailor »; mais il ne peut pas commettre de vol envers l'acheteur ni en raison du contrat car il n'est pas son « bailee » ni comme étranger car il est légitimement en possession par tradition de la part du propriétaire (Y. B. 2. E. IV. P. 26). Il semble que l'acheteur peut lui voler sa « special property ». Si le vendeur accepte d'être le « bailee » de l'acheteur, le premier devient, semble-t-il, un « sub-bailee » de l'acheteur.

Après le changement du droit à la possession, le vendeur peut passer la chose à un autre comme son « bailee » et en ce cas si le « bailment » n'est pas vicieux envers l'acquéreur ou est fait en exécution d'une convention par le vendeur de livrer la chose; il semblerait que le « bailee » ne peut pas commettre « trespass » ni « theft » en « Common Law » contre l'acquéreur (Y. B. 1498) quoique par la loi il peut être convaincu de larcin comme « bailee ». En général cependant ce cas sera compris dans celui du « bailee » employé par l'acheteur puisque le vendeur est, en l'absence de circonstances, spéciales l'agent de l'acheteur pour employer un messenger.

Enfin la chose peut être chez un messenger ou un autre « bailee » employé par l'acheteur, ou pour lui, ou détenant, pour lui, ou chez le serviteur de l'acheteur quand une personne a reçu ou détient une chose comme « bailee » pour un acheteur qui a le droit présent à la possession, l'acheteur peut en vertu de ce droit poursuivre civilement

et criminellement un étranger qui prend la chose au « bailee » (Remnant 1807) R.-R. 196 c. p. Hale 668, et le « bailee » peut poursuivre de même les étrangers..

Le « bailee » a contre l'acheteur une possession exclusive et il ne peut commettre un vol en « Common Law », (Walsh 1812) et la doctrine du « breaking bulk » semble n'avoir jamais été appliquée à un tel cas. Mais maintenant la loi contre les « bailees » frauduleux, s'applique même quand le « bailor » n'a jamais eu la possession (Bunkall 1864 L. C. 371).

La difficulté de savoir, s'il y a ou non possession, ou pour mieux dire transfert de la possession, dans certain cas de remise de la chose à une personne qui n'est pas nettement un « bailee », ayant empêché de donner des règles nettes et précises, nous avons vu que pour accorder une protection à la personne frustrée, la jurisprudence avait utilisé les principes de droit pénal. C'est ainsi que dans les affaires déjà citées du « Hundred'case » et surtout du « Riley's case », c'est sur l'existence d'un *animus furandi* suffisant que repose tout le jugement. Il est vrai que : « dans le cas d'une chose volée par un étranger à un « bailee » ou à une autre personne ayant un « limited interest », l'*animus furandi* paraît se référer au droit du propriétaire et non au droit limité du « bailee ». S'il a la chose pour en user pendant un mois par exemple et un tiers la lui prend avec intention de la garder pour le restant du mois et la lui rend ensuite il semblerait que cette appropriation temporaire ne constitue pas un vol en « Common Law¹ » contre le « bailee » par le fait que c'est une privation finale et une appropriation de son droit, car ce n'est pas une appropriation finale et complète au point de vue du dejiciens ni envers le propriétaire : « emprunter n'est pas voler » semble avoir été une maxime acceptée du « Common Law » même si l'emprunt n'a rien de volontaire de la part du prêteur (R. v / Jone 1914.)

1. En tout cas le propriétaire ne pourrait pas agir car son droit n'est pas atteint.

Mais en droit écossais il en est autrement (justiciary reports 1926 100 où l'usage clandestin d'une automobile fut puni. Mais maintenant il faut probablement admettre que la règle est renversée et que l'interprétation large des clauses du « Larcery Act » 1916 permet à la jurisprudence de donner une protection au « bailee » ainsi frustré. Il y a aussi quelques difficultés quant à la question de savoir quel élément de connaissance est nécessaire pour que l'appropriation ne soit pas *invito domino*.

Apparemment ici ce doit vouloir signifier une connaissance, non comme dans les cas ordinaires que la personne contre le vol est allégué avoir été commis et en qui par conséquent la possession existe, ne donne pas son consentement mais simplement une connaissance que le *dominus* soit « general » soit « limited » refuse son consentement, car s'il était essentiel que le « bailee » refuse, il serait possible à un étranger qui entrerait en collusion avec le « bailee » de voler la chose sans être responsable envers le *dominus*.

Comme un « bailment » peut être créé sans aucun changement de détention, par ex : quand une personne est « bailee » d'une autre, elle peut devenir « bailee » de la seconde par « attournement ». On peut donc concevoir qu'une personne qui détient soit comme serviteur, soit même comme « trespasser » acquière la possession comme « bailee » par un accord subséquent. Le sub-bailee » doit être considéré dans la même situation que son auteur. Il semble ne pas avoir été décidé si quelque acte est nécessaire pour faire preuve ou rendre parfait l'accord.

Il n'y a pas non plus d'autorité sur la question de savoir quelle sorte ou quel degré de consentement ou de connaissance est nécessaire pour créer un « bailment » par tradition. Il en faut pourtant un certain degré car il est souvent défini : « a delivery upon a trust ».

On doit ajouter que quelques cas où le consentement n'a pas en fait été donné à un changement de possession, sont traités comme s'ils étaient des cas de « bailment » tacite par exemple : le cas où la chose est prise de bonne foi pour le bénéfice du propriétaire : telle une montre

enlevée de la main d'un ivrogne ou un cheval des mains d'un domestique ivre et dans quelques cas de perte et invention.

§ 8. — *Du « Lien. »*

Suivant M. J. Wright le « Lien » est, en droit anglais, une prolongation de la possession et du droit à la possession, ce qui nous oblige à dire quelques mots sur cette notion.

On distingue plusieurs sortes de liens :

Le « lien » ou « right of retention » se définit en général le droit de détenir la propriété d'un autre comme garantie pour l'exécution d'une obligation.

Un « possessory lien » est le droit d'un créancier de retenir la possession d'une chose de son débiteur jusqu'à ce que la dette soit payée.

Un « general lien » est une garantie pour toute dette naissant de transactions similaires entre les parties.

Un « particular lien » existe seulement comme garantie d'une dette particulière.

Le « lien » d'un vendeur est le droit de retenir les marchandises jusqu'à paiement. *Mackreth v. Stimons* 1808. Le « lien » du vendeur existe contre tout le monde, excepté contre un sous-acquéreur de bonne foi ayant obtenu le « legal estate » pour une valeur pécuniaire.

Le « lien » en « Common Law » dépend de la possession et dure seulement tant que la possession est retenue. Une personne qui s'est séparée de la possession ou du droit à la possession ne l'a plus ; celui qui l'avait le perd entièrement si la possession ou le droit à la possession cesse ou est interrompu. Au contraire l'« equitable lien » existe indépendamment de la possession, mais ne peut être opposé à un acheteur d'un « legal estate bona fide for value without notice ».

Le « lien » en Ecosse, à la différence du droit anglais, comprenait le droit de rétention et permettait de retenir les marchandises non seulement pour leur prix non payé mais encore pour toute autre dette même non connexe avec la première.

Le droit écossais étant basé sur le droit romain (c'est pourquoi on l'appelle le « civilian Law ») on a essayé d'y rattacher le « lien ». Mais le « lien » a probablement son origine dans la coutume des marchands. *Marchants Law* » s'il faut en croire *Blackburn's* On sale p. 318.

Quant au « lien » du vendeur, Sir M. Chalmers en dit : « Ce terme « lien » est malheureux parce que les droits du vendeur naissent de sa propriété originaire et dans tous les cas dépassent un « simple lien », c'est-à-dire un simple droit de retention.

Il vaut donc mieux accepter l'opinion de *Blackburn* suivant qui ces droits sont peut-être plus près des droits d'un « pawnee » avec pouvoir de vente que d'aucuns autres droits en « *Common Law* » (*Blackburn* 308). »

Si le vendeur, dit *Goodeve*, délivre les marchandises à l'acheteur sans en recevoir paiement du prix et sans réserver le droit de disposer; il n'a plus aucun droit sur celles-ci; son seul remède est d'intenter une action pour le prix, nonobstant que la propriété de ces marchandises peut avoir passé à l'acheteur.

En effet par la sect. 17 du « *Sale of goods Act* » de 1893 la propriété dans les marchandises en cas de vente volontaire passe quand les parties ainsi l'entendent. Autrement dit, la propriété peut passer par le contrat lui-même, ou même le contrat peut comprendre une « conveyance », comme l'exprime Sir M. Chalmers, et malgré ce transfert de propriété, le vendeur qui est en possession et non payé à un « lien » sur elles et peut les retenir pour le prix tant qu'il en est en possession, jusqu'au paiement dans les cas suivants : 1^o quand il n'y a pas de stipulation quant au crédit; 2^o quand les marchandises ont été vendues à crédit et que le terme est expiré; 3^o quand l'acheteur est insolvable (*Sale of goods Act* 1893 Sect. 39, 41 et 62).

Le vendeur peut exercer ce droit de « lien » bien qu'il soit en possession des marchandises comme agent ou « bailee » de l'acheteur (sect. 41 de la même loi).

De tout ce qui précède, il semble qu'il y ait une grande différence entre le « lien » et notre droit de retention, l'un

étant le genre, l'autre l'espèce. On peut se demander si l'explication ne serait pas tout simplement cette confusion latente qui se retrouve toujours en droit anglais entre la possession et la propriété.

Du « lien » doit être rapproché le droit de « stoppage » *in transitu* à cause de leurs ressemblances et aussi du fait qu'il crée comme une prolongation encore plus marquée que celui-ci du droit à reprendre possession de sa chose.

Le droit d'arrêter les marchandises en transit est un autre des droits qui appartiennent au vendeur non payé.

Quand l'acheteur des marchandises devient insolvable, le vendeur non payé, qui s'est séparé de la possession, a le droit d'arrêter les marchandises en transit, c'est-à-dire il peut reprendre possession de ces marchandises, tant qu'elles sont en cours de transit, et peut les retenir jusqu'à paiement du prix (S. 44 du Sale of goods Act).

Ce droit est quelquefois confondu avec celui du « lien ». Ce dernier ne naît que quand l'acheteur est en défaut, solvable ou non, le premier n'existe qu'en cas d'insolvabilité, qu'il y ait défaut ou non.

Le « lien » peut être exercé seulement tant que les marchandises sont en possession du vendeur ou son « bailee ». L'arrêt en transit ne peut être exercé que lorsque les marchandises sont entre les mains d'une tierce personne qui les détient, en vue seulement de les transmettre à l'acheteur, et non comme dépositaire *ad nutum*, soit de l'acheteur soit du vendeur. Dans ce dernier cas, elles n'auraient pas quitté la possession du vendeur, et dans l'autre, elles seraient passées dans celle de l'acheteur.

L'arrêt en transit peut s'exercer que le vendeur non payé le soit partiellement ou entièrement et même si les choses furent achetées à crédit et que le délai pour payer ne soit pas encore expiré au moment de l'exercice de l'arrêt.

Les marchandises sont dites en transit tant qu'elles sont entre les mains d'un voiturier public ou d'un transporteur par terre ou par eau ou autre « bailee », avec but de transmission, jusqu'à ce que l'acheteur ou son agent en cette qualité en prenne livraison (Sect. 45). Si l'acheteur

obtient la livraison avant l'arrivée des marchandises à la destination prévue, le transit est considéré comme terminé. (S. 45 (2) et *Reddal v. Union Castle* 1915).

Si après leur arrivée à la destination prévue, le voiturier ou autre « bailee » convient de détenir et détient les marchandises comme « bailee » de l'acheteur, le transit est terminé et il importe peu que les choses fussent, par ordre de l'acheteur, aller à une destination plus éloignée, (Sale of Good Act sect. 45 (2)).

Si l'acheteur refuse les marchandises et que le voiturier continue à être en possession, le transit n'est pas terminé même si le vendeur ne veut pas les reprendre (*id.* s. 45 (4)).

Mais si le voiturier refuse à tort de livrer les marchandises à l'acheteur ou à son agent, alors le transit est terminé.

En cas de livraison partielle à l'acheteur ou à son agent, le reste peut être arrêté, à moins que les circonstances ne montrent un accord pour renoncer à la possession (*id.*). Si le voiturier convient de détenir pour le vendeur, celui-ci peut exercer son droit de « lien » mais non celui d'arrêt en transit.

L'effet de l'acceptation, par l'acheteur, d'une traite tirée par le vendeur, variera suivant l'intention des parties; *a priori*, ce n'est pas un paiement mais l'octroi d'un crédit. Comme le résume si bien le Baron Parke : le droit du vendeur dure tant que les marchandises ne sont pas parvenues en la possession actuelle ou « constructive » de l'acheteur.

L'effet de l'arrêt en transit n'est pas de rescinder le contrat ni de rendre la propriété des marchandises au vendeur, mais simplement, de le remettre en possession pour qu'il exerce son droit de « lien ».

En général, aucun de ces deux droits n'est affecté par une vente ou autre disposition des choses par l'acheteur, à moins d'assentiment du vendeur et sauf l'exception du transfert de la propriété par transfert de titre (connaissance, lettre de voiture) à un tiers de bonne foi et pour valeur pécuniaire.

Il ne faut pas oublier, que le droit à l'arrêt en transit ne peut pas naître avant que celui du « lien soit éteint » et qu'en conséquence le vendeur ait perdu la possession. Ce n'est donc que le droit à se remettre en possession.

Au point de vue de l'origine de ce droit les opinions diffèrent mais généralement on cite le plus souvent la suivante : « L'arrêt en transit, dit Bowen L. J., est fondé sur des règles mercantiles, il est emprunté à la coutume des marchands, il fut ensuite greffé sur le droit d'Angleterre ».

Cette théorie diffère du « Civil Law » qui déclare, quoique les marchandises aient été vendues à crédit et bien qu'elles fussent en la possession de l'acheteur, qu'il peut y avoir reprise par le vendeur (recaption) si l'acheteur devient insolvable ». (Cette opinion de Bowen L. J. fut, quant à sa seconde partie, critiquée dans *Moyle's in the Civil Law* p' 155. mais semble admise par beaucoup d'auteurs.)

Les tribunaux voient avec grande faveur ce droit d'arrêt en transit par la raison de sa justice intrinsèque; il est toujours compris favorablement envers le vendeur, du moins c'est ce qu'affirme Lord Esther dans *Belhel v. Clark* 1888.

Malheureusement, il y a de nombreuses décisions sur cette matière et Jessel M. R. constate, quant à plusieurs d'entre elles, qu'il y a grande difficulté pour les concilier; quant à tout l'ensemble, « le droit sur ce sujet est dans un état peu satisfaisant » ce ne sont que règles spéciales appliquées à des cas particuliers. Ce qui n'empêche pourtant pas M. J. Wright de remarquer qu'il n'y a pas d'exceptions aux règles générales, quant aux droits et défense de la possession, ou du « right to possession » en raison du « lien », ou du « stoppage » *in transitu* alors que d'autres auteurs, sont d'un avis contraire, et pensent que l'arrêt en transit est une anomalie créée dans des buts pratiques, ce qui permettrait un nouveau parallèle entre le droit romain et le droit anglais. On pourrait peut-être comparer le rôle joué par le « Law Merchant » et les tribunaux maritimes en Angleterre d'une part au *jus gentium* et de l'autre, au

préteur pérégrin à Rome dans sa protection des marchands contre les étrangers.

Le droit français est beaucoup moins généreux envers le vendeur non payé. L'article 1654 du Code civil l'autorise à demander la rescision de la vente en cas de non-paiement. Mais cette règle est limitée, en fait de meubles, par celle de l'article 2279 en cas de revente à un acquéreur de bonne foi.

Pour les immeubles il ne faut pas non plus oublier la question épineuse de l'inscription du privilège du vendeur.

Les articles 374, 376 et 577 du Code du commerce ne donnent que le droit de revendication des marchandises vendues et non payées et ce, en cas de faillite de l'acheteur seulement. Ces articles réservent la question de vente sans fraude par connaissance de lettres de voiture, etc... avant que les marchandises ne soient remises en tradition à la maison de l'acheteur.

CHAPITRE VI

TRANSFERT DE LA POSSESSION

§ 1. — *Modes originaires.*

M. J. Wright est beaucoup plus clair que Sir F. Pollock en sa distinction des modes de transferts de la possession. Ce dernier pourtant distingue une première division en modes originaires et modes dérivés : dans la première catégorie il considère l'occupation comme étant la plus importante, dans la deuxième il fait une sous-distinction entre l'acquisition par la volonté de l'ancien possesseur et l'acquisition sans acquiescement ou contre la volonté de l'ancien possesseur ; dans cette catégorie, il comprend : 1^o la tradition, « delivery » et 2^o l'abandon qu'il nomme ainsi, si, vu du point de vue de l'ancien possesseur et si, vu du côté de l'acquéreur, il l'appelle occupation ou « taking » alors, comme » transferts volontaires il cite « acceptance » « receipt » et pour transferts involontaires « de possession », ou « ouster » pour les immeubles et aussi un terme neutre « entry ».

Jenks donne simplement une énumération des façons dont on peut acquérir la propriété des meubles, sans les classer vraiment.

M. Wright a une classification plus scientifique et plus précise : d'abord deux modes principaux : un mode originaire par occupation acquisition des choses qui n'avaient pas de possesseurs auparavant ; un mode dérivé quand il y avait un possesseur, d'où trois catégories :

1^o Acquisition par effet de la loi à cause de mort, faillite, etc.

2° Acquisition par consentement de l'ancien possesseur soit par transfert de la propriété, soit par façon de « bailment », dans tous les cas par tradition ou « delivery ».

3° Par « taking » ou prise de la chose à l'ancien possesseur sans consentement, ou indépendamment, ou contre sa volonté.

Cette division est classique et c'est elle que nous adopterons.

Une seule remarque est à faire : c'est qu'au fond, la classification de Sir Pollock est à peu de chose près la même.

M. Wright indique que la catégorie des transferts volontaires par consentement du possesseur revient toujours à une tradition ; ceci vient de ce que, en droit anglais, la possession même civile ne pouvait être transférée que par tradition, dans l'ancien droit. Maintenant il est finalement admis, comme nous le verrons, qu'il n'y a plus de tradition feinte ; le consentement prouvé par les circonstances environnantes étant suffisant.

Occupation. — Pour M. Wright il n'y a que cinq cas d'occupation : 1° Capture d'animaux sauvages. 2° Appropriation d'éléments matériels libres tel que l'eau. 3° La collecte des choses telles que le goémon au bord de la mer ou dans la mer. 4° La séparation de la chose du sol ou de l'arbre ou de la plante attachée au sol. 5° Peut-être l'invention d'une chose qui a été abandonnée absolument ou est devenue irréparablement perdue pour son propriétaire ou ancien possesseur. Cette division ne ressemble pas tout à fait à celle à laquelle nous sommes habitués en général. Pourquoi cette séparation des animaux sauvages et des éléments naturels comme l'eau qui pour nous sont des *res nullius* ou *res communis* pour la seconde ? Mais il faut se rappeler que tout le sol anglais appartient en théorie à la couronne et que ce n'est que le domaine direct qui fait l'objet de ce que nos voisins appellent propriété immobilière. Il reste donc à déterminer de quelle eau parle notre auteur. Est-ce de l'eau de pluie ou de l'eau de rivière ou de celle des étangs ? L'eau de pluie naturellement ne peut

être qu'une *res nullius* jusqu'à appropriation dans une citerne par exemple et on retombe dans le second cas, car l'étang appartient au propriétaire du sol, comme en faisant partie. D'après les décisions judiciaires, c'est bien de celle-ci dont il s'agit.

Mais tout d'abord à ce sujet il faut voir comment on peut s'approprier impunément une chose qui en fait déjà un maître puisqu'elle fait partie intégrante de la terre sur laquelle elle se trouve. C'est sur cette matière que Sir J. Kenny remarque qu'il semble étrange que la terre, la plus importante forme de la richesse au moyen âge ait été laissée sans protection en droit, et que même maintenant la protection n'en est pas parfaite; c'est ainsi que de l'eau d'une mare peut être souvent et même copieusement emportée par des cantonniers pour leurs roueaux à vapeur sans qu'il y ait une protection pénale. Mais si l'eau, tant qu'elle n'est pas séparée du sol, n'est pas volable, il ne faut pas oublier que le possesseur du sol a un moyen civil, « *tresspass* » pour faire respecter sa propriété.

Par contre, si elle en était séparée et par exemple mise dans un tonneau, elle le deviendrait et la loi pénale s'appliquerait. C'est ainsi qu'en 1900 la East London Waterworks poursuivit un homme pour vol de 90,000 gallons d'eau.

Il est vrai, dit Sir James Stephens, que l'omission à n'avoir pas créé de moyens de protection est rendue plus intelligible parce que, en temps ordinaire, la terre ou les choses immobilières ne peuvent être volées de par leur nature même. Mais cela n'empêche pas que l'on puisse en distraire les parties. Dans une vieille décision citée par Kenny il fut jugé qu'il n'y avait pas délit quand un visiteur à Dartmoore emporta des pierres d'une « *hut-circle* » pour décorer son jardin.

Il y eut aussi une autre raison pour que la sphère du droit relatif au vol ne fut pas étendue, c'est que le châtiment dans le vieux droit était la peine capitale, les juges hésitaient en cas de choses de peu de valeur, et qui leur paraissaient faire partie de la terre même « appartenir à la nature de la « *realty* », dit Coke 3 Ins. 199, et qui se trouvaient protégées d'autre part civilement.

Il fut ainsi décidé que prendre du fumier étendu sur la terre n'était pas un vol dans *Carver v. Pierce* et de même pour les récoltes sur pied quoique la « law of property » les donne aux exécuteurs testamentaires ce qui autrefois prouvait qu'il s'agissait de meubles. Mais d'autre part, de ces mêmes choses ne passant pas aux exécuteurs, quoi qu'en fait des meubles, les « heirlooms » ne peuvent être volés. Cette anomalie ne peut s'expliquer qu'historiquement.

Dans un cas américain *Hoskings v. Tarran* 5 Blackford 417 il fut décidé que : « quoique par une règle de droit raisonnable » les clefs d'une maison passent avec elle soit aux héritiers en cas de mort, soit aux acquéreurs en cas d'aliénation, cette identification avec la « realty » ne les empêchait pas de pouvoir être volées.

En général pourtant la règle d'immobilité s'étend à toutes choses qui par fiction légale s'identifient avec la terre quoique, physiquement séparées d'elles, ce soient des meubles.

C'est ainsi qu'un vilain était identifié avec la terre et quoique inaliénable était pourtant volable (3 Coke Ins, 109). Le cas le plus connu était celui des « titles deeds », titres de propriété : ils ne passaient pas par un « grant » de « all my goods and chattels » et en conséquence ne pouvaient être volés. Il fut même jugé que s'ils étaient placés dans une boîte scellée il en était de même (Y. B. Ed. IV. Fo. 14 p. 9).

Une autre raison était donnée en cas d'animaux, de ce manque de protection, c'est que leur valeur était si indéfinie qu'il était impossible de dire ce qu'ils valaient, 12 d. ou davantage. C'est sur cette raison qu'était basée le manque de protection de certains animaux, chats, chiens, furets, perroquets, singes, etc. Mais dans le Y. B. 12 Hen VIII 3 il y avait une action civile pour recouvrer des dommages pour l'acte commis mais non pas pour l'animal qui pouvait être impunément volé et ainsi acquis de même.

Suivant la vieille loi dans un cas récent 75 Georgia 444

en Amérique l'action civile même fut refusée pour un chien.

Maintenant en Angleterre le Larceny Act de 1916 couvre tous ces cas. Il y a donc vol d'un meuble avec toutes ses conséquences. Naturellement le propriétaire peut quelquefois user de l'action de « trespass » ou par le « Malicious injuries to property Act » de 1861 obtenir réparation mais le dommage doit être appréciable. Dans *Hamilton v. Bone* une condamnation fut obtenue pour avoir coupé les fleurs d'un marronnier estimé 11 d., mais il y avait dommage visible causé à la « realty » tandis que dans *Gardner v. Manslidge*, pour une récolte de champignons sauvages de plus de valeur on ne put obtenir de condamnation; car il n'y avait pas de dommages causés à cette même « Realty », la loi ne considérant pas la perte du propriétaire mais le dommage causé à la terre; la décision aurait donc été différente si les champignons avaient été cultivés car dans le droit moderne il y aurait vol d'un meuble.

Quant au cas des goémons pris de la mer ils sont *res nullius* comme les poissons et autres choses s'y trouvant à l'état naturel. Mais quant aux choses se trouvant sur le littoral il faut faire une distinction : si le littoral est en la possession d'un individu, les algues lui appartiennent et quoique le premier « taking » de la part d'un étranger, ne soit pas un « trespass », il a le « better right to possess », un droit préférable et à l'action de « trover » pour reprendre la chose. *Brew v. Haren* 1877. Mais si les rivaiges appartiennent à la couronne alors il faut une franchise, l'octroi d'un privilège pour les récolter.

Le quatrième cas que cite M. Wright est le *fructum accessio* dont nous avons déjà vu un aspect. Notre auteur lui-même reconnaît que ce n'est pas un cas vraiment d'acquisition originale parce que le produit ou fruit est avant sa séparation regardé comme en la possession de celui qui possède l'animal ou la plante et l'acte de séparation est une prise de la chose de la possession même du possesseur (Martin Leach).

Notre auteur pose comme principe que dans le cas de séparation d'une chose de la terre la possession du dejiciens commence immédiatement avec la séparation; si la chose

est vivante la possession ne commence que lorsque la chose est réduite en possession de façon qu'elle ne puisse pas s'échapper de son propre pouvoir ou par sa nature et puisse être enlevée à volonté par le preneur; si la chose est sans vie il faut probablement un changement de place de la chose pour que la possession commence, un changement de place dans le but d'en avoir le contrôle. Des difficultés peuvent se produire par l'intervention d'une seconde personne si cette intervention est telle que le preneur n'eût jamais pour un moment le contrôle *indivis* de la chose, il semblerait qu'il y aurait soit possession en commun soit pas de possession du tout¹. Dans *M. Gabey v. Moore*, deux personnes n'ayant pas de titre ni l'une ni l'autre prétendirent à une récolte de blé et la cultivèrent alternativement puis l'une le coupa et le mit en pile et le laissa ainsi une semaine; simultanément les deux parties commencèrent à la charroyer; le premier intenta une action pour se faire donner la possession, il fut décidé que le demandeur n'avait pas gagné la possession pas plus que le défendeur, mais que si la première intervention du défendeur s'était produite avant la mise en pile par le défendeur le demandeur aurait gagné.

1. Wright, dans le passage cité plus haut, parle de deux choses différentes; 1° des animaux sauvages que l'on peut chasser sur la terre du voisin et emporter s'il ne proteste pas ainsi que nous l'avons vu avec les éléments de la possession; 2° l'acquisition des fruits de la terre. Dans le premier cas suivant la décision de *R. v. Townley* ou des lapins furent adjugés au braconnier comme en ayant acquis la possession, il fut décidé que le fait du garde chasse de les marquer à l'insu du braconnier n'était pas suffisant pour les faire acquérir à son maître. Par contre, dans *R. Foley*, le braconnier faucha le foin, le laissa sécher deux jours, puis vint le chercher, il fut décidé que s'il avait montré une intention de posséder, par contre sa possession n'était pas continue, donc il ne l'avait pas acquise. Cette décision, il est vrai, est irlandaise et n'est pas une autorité pour les cours anglaises (c'est-à-dire, elle n'est pas obligatoire).

D'autre part Gilbert *on Distress*, p. 140, dit qu'en « replevin » pour une truie et ses petits le défendeur mit en avant comme défense qu'il l'avait saisie « Damage feasan » et pour les petits il plaida *non cepit*, car la truie les avait amenés une fois chez lui et en sa possession. Le demandeur obtint des dommages et intérêts pour les porcelets parce qu'ils avaient été pris « non damage feasant » et par conséquent, sans droit. Les petits appartenaient donc au propriétaire de la mère et la règle romaine s'appliquait.

Les auteurs citent encore à l'appui de cette question d'acquisition, des animaux sauvages, les décisions déjà mentionnées de : *Young v. Hichens*; *Aberdeen City v. Suller* et des coutumes différentes quant à la pêche à la

Le cas de la personne qui a un droit *ratione soli tenurae* ou *privilegii* de prendre les animaux *ferae naturae* est un cas particulier elle n'en a pas une propriété actuelle et encore moins la possession mais seulement un droit exclusif à acquérir la propriété. *Blades v. Higgs* 1865. Quand ils sont trouvés et tirés sur sa terre, elle en acquiert la propriété quoique la possession puisse ne pas lui appartenir tant que le chasseur n'a pas abandonné sa possession vicieuse¹. Ce qui en fait ne lui donne pas beaucoup plus qu'aux autres possesseurs de terrain quand l'animal y est tué. Quant à ceux-ci voici les règles du Common Law, telles qu'elles sont en général résumées par tous les auteurs, quoique il y ait beaucoup de flottement à ce sujet.

Si un homme lance du gibier sur son terrain et le poursuit et le tue sur la terre d'autrui, il en obtient la propriété (2 BI 419).

Quand le gibier est pris et tué par une personne n'y ayant pas droit suivant *Blades v. Higgs* :

1^o S'il lance le gibier sur le terrain de B. et le tue et l'y prend, il doit appartenir à B. (mais ceci est contredit par R. Townley).

2^o Si A. lance le gibier sur le terrain de B. et le tue et le prend sur le terrain de C. il appartient à A. quoiqu'il soit un « wrongdoer » de jure.

3^o Si A. lance le gibier dans une garenne de B. et le tue sur un terrain de B. il appartient à B.

Les auteurs n'ont pas l'air d'être tout à fait d'accord sur ce sujet. Quant aux cygnes il y a des règles spéciales pour eux, ils ne peuvent être appropriés en principe car ils appartiennent au roi (Case of Swans, 7 Rep., 15-6; 1 Hale 311; 2 East, P. C. 607.

baleine, si le premier harpon reste dans la bête et le pêcheur garde la ligne, le deuxième harpon est appelé un harpon ami et la baleine reste au premier; mais si celui-ci perd sa ligne ou si elle se casse, la bête est libre et appartient à celui qui l'attrape. De même dans l'affaire *Young v. Hichens* où les poissons étaient presque entourés par la seyne, mais le défendeur put entrer par l'ouverture des 17 brasses et ainsi empêcher le premier de se saisir des poissons et d'en prendre possession, ce qui lui aurait donné l'action de « trespass » une fois la possession acquise.

1. Petch 1878, 14; Cox 116; Read. 14; Cox 17.

Treasure-trove. — L'occupation en droit romain est l'acquisition d'une chose qui n'appartient à personne, résultant de la prise de possession de cette chose, Gaius D. 41.1.3. Elle suppose donc deux conditions : une chose sans maître et une prise de possession.

Les choses susceptibles d'occupation sont les choses qui n'ont jamais eu de propriétaire ou qui n'en ont plus. Parmi les premières sont rangées les choses trouvées sur le rivage, les animaux que l'on prend par la pêche ou la chasse. Ins. 2.1.22 et H. T. 1. 18.; H. T. 12 à 16.

La capture matérielle peut être accomplie par n'importe qui et même sur le terrain d'autrui; le propriétaire a l'action d'injure contre celui qui chasse malgré sa défense et, peut être l'interdit *uti possedetis* dans sa troisième fonction de protection en cas de trouble de la possession; mais il n'a pas le droit de revendiquer le gibier ni de poursuivre le chasseur comme voleur. Ce système paraît bien analogue au système anglais de l'action de « trespass » qui joue le rôle de l'action d'injure dont elle a les mêmes caractères.

La notion d'occupation semble avoir été appliquée moins nettement aux choses qui n'ont plus de propriétaire, les *res derelictae*, choses abandonnées et *thesaurus* qui dans les notions récentes D. 41.1.31, *thesaurus est vetus*, serait une chose enfouie ou cachée depuis si longtemps que personne ne peut établir sa propriété sur elle. Mais dans une notion plus ancienne le trésor serait simplement une chose cachée D. 10. 2. F. F. 22. pr. Labeo D. 24. 2. 39. 1. D. 41. 2. 3. 3. — La plupart des interprètes le considèrent comme acquis par occupation à celui qui le trouve et voient des limitations du droit positif récent dans la règle qui donne certains droits à l'inventeur.

Mais l'ancien droit le considérerait plutôt comme appartenant au propriétaire du fond D. 41. 2. 3. 3. Plaute, *trimmus* 1. 2. 104. et suivants, en sorte que l'innovation d'Hadrien Ins. 1. 2. 1. 39 aurait au contraire consisté à donner sur lui à l'inventeur un droit de propriété, un droit non fondé sur l'occupation et qui n'exige pas ses conditions;

ainsi il acquiert son droit quand bien même d'autres le devanceraient dans la prise de possession car ce n'est pas à l'occupant mais à l'inventeur qu'il appartient. Ins. H. T. 39: *Inventoris esse*. D. 41. 1. 31. 1. *filicjus qui invenit* D. H. T. 63.1.; *inventori cedit*... et qu'est accordée l'acquisition suivant Ins. ht. 39 et C. 10. 15. 1.

L'inventeur ne devient propriétaire de rien quand il a fait des fouilles sur le terrain d'autrui sans l'aveu du propriétaire. Et sauf une difficulté relative aux fonds religieux (d'après Justin Ins. ht. 39 l'inventeur deviendrait propriétaire du tout aux termes des décisions d'Hadrien) sans doute parce que ces biens n'ont pas de propriétaire à qui puisse revenir l'autre moitié. Cependant Callistrate D. 49: 14. 3. 10 indique une décision de Marc-Aurèle et L.Vérus suivant laquelle l'inventeur a la moitié et l'autre va au fisc comme pour un trésor trouvé dans un terrain appartenant au peuple ou à l'Empereur; il deviendrait donc propriétaire d'une moitié seulement quand le trésor est trouvé sur le terrain d'autrui. Ces règles forment la base du Droit continental.

En droit anglais le *Treasure Law* n'apparaît qu'au ^{xii}e siècle sous Richard I^{er}. Il est d'origine teutonique dit Sir W. Holmsworth. III p. 329, Du Droit de l'Etat « *to grave money* ». On peut aussi penser que l'influence romaine n'y aurait rien contredit puisque le roi est considéré comme le véritable propriétaire du sol, de toutes façons le trésor lui appartiendrait. Ce qui montrerait une influence romaine c'est la confusion anglaise entre « *monilia et mobilia* ».

Le premier texte que l'on rencontre est une charte de Williams I. à Battle Abbey comprenant « *treasure trove* ».

Suivant les auteurs quatre conditions sont requises pour qu'il y ait « *treasure trove* ».

1^o L'objet trouvé doit être quelque espèce de métal or ou argent, pas forcément des espèces monnayées. Pour Glanvil (1188) ce doit être du métal. Pour Bracton (circa 1250) monnaie ou quelque autre métal. En droit moderne, comme nous le verrons dans les décisions judiciaires, la chose doit être d'or ou d'argent, la forme importe peu.

2^o La méthode de dépôt originale : ce doit être caché

dit Chitty suivant Azo, mais il ne dit pas si ce doit être déposé secrètement, ni dans quel but, si cette condition n'est pas exigée il n'y aura pas de différence avec un simple abandon.

Faut-il une intention de dépôt? Dans le Sharman's case, il n'y eut pas de demande de la couronne car il n'y avait pas cette intention, mais seulement abandon et perte. Mais en 1891 un laboureur trouva dans un champ un anneau d'or qui fut réclamé par la couronne, ce qui contredit la première affirmation.

Est-ce que ce doit être un dépôt en vue de protection contre un vol possible? Dans l'affaire du British Museum, en 1896 (presque toutes les décisions sont modernes) l'argument qu'il s'agissait des offrandes votives à un dieu de la mer, donc une question d'abandon, ne fut pas requis d'être examiné; d'ailleurs dit le juge l'évidence était contre. Mais dans cette affaire la raison de sécurité fut admise comme valable; alors qu'elle ne le fût pas dans le « Case of Corbridge (Gold find 1911) où 160 pièces d'or furent trouvées cachées dans un vase et protégées dans le col dudit vase par deux pièces de bronze. Le tout fut trouvé dans le sous-sol d'une chambre et fut présumé avoir été caché là en prévision du danger de raids ennemis. Il fut jugé que ce n'était pas un trésor.

3° *La place du dépôt.* — Il doit être trouvé caché « found concealed », dit Chitty; Bracton n'est pas très clair quant à la question si ce doit être dessous la terre ou même dessus. En 1276, il y eut deux décisions durant l'expulsion des juifs où les choses furent trouvées sur le sol. En 1446, Calendars Patent Rolls H. VI. Vol. 4. p. 51, des domestiques chassant les rats découvrirent de l'or, des pièces d'or sur les poutres et dans des trous des murs d'un presbytère, le roi renonça à son droit en considération des dommages infligés par la tempête au presbytère. On trouve d'autres cas douteux en 1384 de pièces d'or trouvées dans des églises et dans un vieux mur d'une forge. Dans un cas de 1335, l'expression employée est *thesaurum nostrum sub terram*, Bastel, 1527, et Coke, 1634, disent

ou impliquent que le trésor peut être dessus le sol; Blackstone, 1765, est ambigu.

4^o L'existence du propriétaire doit être reconnue ainsi que celle de ses représentants et le droit de la couronne peut être considéré non seulement comme existant au moment de la découverte, mais encore, même avant elle. C'est la règle du « Case of salpêtre » 1606 où il est dit que le roi peut faire creuser pour « treasure trove » dans la terre de son sujet car il en a la propriété.

Et le Statute of 1276 donne droit au coroner d'enquêter pour « treasure trove » quand il est découvert, car c'est un délit (misdemeanour) que de receler un trésor. Le trésor serait donc en Angleterre une chose qui ne pourrait pas être appropriée par occupation, comme étant bien de la couronne.

Pour mieux illustrer les règles précédentes il paraît bon de reproduire l'affaire célèbre de l'Attorney General représentant la couronne contre les Trustees du British Museum en 1903.

En 1896 deux laboureurs trouvèrent des objets d'or réunis en tas : un petit bateau, un collier et des chaînes, à l'intérieur d'un collier; leur maître vendit le tout à un antiquaire en 1897, et ensuite, celui-ci les transféra aux trustees du Museum qui les achetèrent de bonne foi; c'est alors que la couronne intenta son action en raison de ce que c'était des objets cachés sous terre et trouvés de même et dont le propriétaire était inconnu au moment de la découverte, et par conséquent, appartenant au roi en vertu de sa prérogative royale.

Les défenseurs n'admirent pas le fait de cachette ni celui de « treasure trove »; ils alléguèrent aussi que par des chartes de James I et Charles II les terres où avaient été trouvées les choses en litige avaient été données à la société propriétaire de ces mêmes terres avec toute franchise que la couronne peut accorder, inclus celle de « treasure trove ».

Pour la couronne il fut plaidé que les objets réunis dans un si petit espace à 15 pouces en dessous du sol en faisait

une chose cachée par raison de sécurité et la faisait rentrer dans la définition du « treasure trove » de Coke 3^o Ins. P. 132 « Treasure trove » est quand quelque chose en or ou argent en « coin, plate or bullion » a été de longtemps caché n'importe où il peut être trouvé et dont personne ne peut en prouver la propriété. Il appartient au roi ou à un seigneur ou autre personne par la concession du privilège du roi ou par prescription, la raison par laquelle il appartient au roi est une règle du Common Law et personne ne peut réclamer la propriété de choses de cette sorte car elle appartient au roi de même que les épaves et « strays ». *Quod non capit Christus, capit fiscus.*

« Treasure trove » est un des *jura regalia* ou fleurons de la couronne, comme le dit Coke. Ce n'est pas une franchise tant qu'elle reste avec la couronne, mais quand elle est accordée à un sujet elle devient une franchise pour lui et, étant un *jus regale*, elle exige des termes exprès pour être transférée.

Ensuite dans le cas de « treasure trove », aucun sujet ne peut disputer le droit de la couronne, excepté en montrant un titre en lui-même ou en quelqu'un dont il est l'ayant cause D. 74. 85.

Farewell J. demanda : Est-ce qu'il est nécessaire pour établir « treasure trove » que la couronne montre que le trésor a été actuellement caché. L'Attorney général répondit : Nous pensons que les choses trouvées ensemble indiquent qu'elles furent placées là *despositio pecuniae et despositio thesauri*, et que c'est au défendeur à renverser cette déduction.

Pour le défendeur :

Il fut plaidé que Blackstone dit (I Com. p. 285) : « treasure trove » est appelé en latin *thesaurus inventus*. « Il y a » trésor lorsque de la monnaie ou des pièces d'or et d'argent « plate or bullion » sont trouvées cachées dans la terre » ou autre lieu privé, le propriétaire étant inconnu, dans ce » cas le trésor appartient au roi. Mais si celui qui l'avait » caché est connu ou peut être connu ensuite, le propriétaire

» et non le roi y a droit. De même, s'il est trouvé dans la mer ou sur la terre il n'appartient pas au roi mais à l'inventeur si aucun propriétaire n'apparaît ».

C'est le fait d'être caché non d'être abandonné qui « donne la propriété au roi » (ceci fut accepté par le juge).

Bracton l'appelle *velus depositio pecuniae* et si le propriétaire cache sa chose mais garde son droit de réclamer et puis meurt emportant son secret, alors c'est au roi; mais s'il est perdu en mer ou sur la terre, cela va au stock commun.

Le juge Farewell décida que les circonstances montraient que les objets étaient cachés et par conséquent qu'il y avait « treasure trove »; il accepta aussi la thèse de l'Attorney General quant à la prérogative royale.

Il faut noter qu'en général, la couronne ne retient que 10 % de la valeur du trésor et le laisse à l'inventeur.

En droit français le trésor donne lieu à un cas d'invention. Suivant l'article 76 quatre conditions sont requises :

1^o Ce doit être une chose mobilière, Req. 13, des 1881 D. S. I. 1882.

2^o Une chose cachée, enfouie dans la terre ou ailleurs, une cachette ancienne ou récente. (Tr. Orléans 1853 D. S. 55. 2. 102 des choses cachées dans le tiroir secret d'un secrétaire peuvent constituer un trésor).

3^o Une chose sur laquelle nul ne peut justifier sa propriété, (tous moyens de preuves étant possibles.)

4^o Une chose découverte par hasard, cette condition ne s'applique que pour une chose découverte chez autrui, et dans ce cas, la moitié appartient au propriétaire du fonds. Cette règle, dit M. Capitant, est fondée sur une raison d'équité et de prudence pour empêcher le secret de l'invention; mais en fait elle n'a aucune explication si ce n'est la conservation de la règle du Digeste dont nous avons parlé, car il n'y a pas plus de raisons en droit d'enlever au propriétaire du fonds le droit au trésor que celui qu'il a sur toutes choses dépendant aussi du dit fonds, qu'elles soient souterraines ou non, si ce n'est pour une raison d'utilité publique comme pour les mines. C'est ce que le Droit suisse recon-

naît pour lui le trésor appartient au propriétaire et l'inventeur n'a droit qu'à une gratification qui ne peut excéder la moitié de la valeur de la chose (art. 723, et il décide aussi que toute chose (art. 724) ayant une valeur artistique et scientifique appartient au canton où la chose a été trouvée ; le propriétaire ayant droit à une gratification.

En droit français la doctrine n'est pas très fixée sur le point de savoir si le trésor s'acquiert par un don de la fortune, occupation ou bienfait de la loi ou par un accroissement du fonds. Suivant que l'on adopte l'une ou l'autre de ces théories les règles d'attribution du trésor varient quand le propriétaire est marié. Il est vrai qu'un ancien arrêt de 1825 semble avoir adopté la théorie d'accession au fonds, mais la question ne semble pas vraiment tranchée.

Abandon et perte. — Il y a un peu d'hésitation dans tous les systèmes de droit quant à la façon dont peuvent être acquises les choses abandonnées ou perdues.

En droit romain pour les choses abandonnées en tant que distinguées de celles qui sont perdues et de celles dont le propriétaire a dû se dépouiller sous le coup d'un cas de force majeure. Ins. 2.1.48, Justinien dit qu'il y a là acquisition par occupation mais il y avait controverse entre Proculiens et Sabinien, les premiers n'admettaient que la propriété n'était perdue que quand le tiers prenait possession de la chose (D. 41.7.2.1) ce qui semble concorder mieux avec l'idée d'une tradition qu'avec celle de l'occupation. Il en serait de même, et à plus forte raison, dans le cas des *missilia*, les présents jetés à la foule par les magistrats (Ins. ht. 46 dans lesquelles on a voulu voir des choses abandonnées par leurs propriétaires et acquises ensuite par occupation (Pernice) mais qui manifestement sont un cas de tradition *personis incertis*, cas duquel les Proculiens rapprochaient la *derelictio*.

En droit anglais ce serait aussi l'opinion de Sir F. Pollock puisqu'il range ces cas dans ceux de tradition. D'ailleurs comme nous le verrons il est douteux que le propriétaire perde son droit par abandon en droit anglais.

En droit français il y a aussi un peu de flottement dans

la doctrine; c'est ainsi que M. Capitant dit lui-même que l'invention d'une chose serait rationnellement un mode de transmission dérivé s'opérant par effet de la loi si l'abandon du propriétaire antérieur inconnu n'impliquait de sa part une pensée de renoncement à son droit, qui permet de ranger la chose trouvée parmi les *res nullius*.

En droit anglais, suivant les vieux auteurs, et l'opinion exprimée par Sir F. Pollock, et M. J. Wright dans leur ouvrage fondamental sur la possession, il semble qu'il n'y a presque aucun cas où la possession une fois acquise puisse être absolument éteinte excepté par la destruction de la chose soit en fait soit en droit comme cela se produirait dans le cas d'une plante plantée dans le sol qui par accession cesse d'être un meuble et devient partie intégrante du sol, ou dans le cas de fuite d'animaux sauvages ou même d'animaux domestiqués perdant l'*animus revertendi* et redevenant *ferae naturae*, ou encore de telles choses s'échappant hors de contrôle comme un gaz ou autre fluide. Mais par contre dans le cas de perte d'une chose comme d'une bourse par exemple perdue dans la rue, le propriétaire étant incapable même de savoir où, en droit il n'a pas encore perdu sa possession car il n'est pas démontré que :

1^o Il ne puisse pas être identifié;

2^o Il ne puisse pas la retrouver.

Voici les exemples donnés pour montrer que ni la perte ni l'abandon en droit ne détruisent le droit du possesseur au moins en théorie, ce qui ramènerait donc cette règle et en ferait peut-être quelque chose d'analogue à ce que l'art. 921 du Code suisse appelle une interruption passagère de la possession quoique en fait la possession de fait puisse n'être jamais reprise et que les délais prescriptifs des actions puissent entrer en jeu et terminer l'affaire.

Voici donc les textes et décisions autorisant cette opinion. Haynes's case 12 Rep. 113. Hale 1.115, où un linceul et un cercueil sont dits rester en la possession des représentants du décédé ou de celui des représentants de celui qui le firent enterrer. Dans R. v. Edwara 1887 13 Cox, des

porcs tués puis enterrés à 3 pieds sous terre furent jugés encore en la possession de l'ancien possesseur.

Même les *bona vacantia* pour lesquelles ni propriétaire ni possesseur ne pouvaient être trouvés, peuvent être traitées comme n'étant à personne, mais en la possession d'une personne à déterminer; (maintenant la loi de 1925 pourvoit à ce cas, les *bona vacantia* appartiennent à la couronne, Law of Property Act).

On doute même, disent nos auteurs, qu'il soit possible pour une personne de se défaire de sa propriété dans une chose, par abandon volontaire (Vin. Abr. Waif. 409; Doe et Stud., L. 2.C.51) si cela était possible, il ne s'ensuivrait pas nécessairement qu'après abandon il continuerait à être sujet, comme possesseur, aux obligations en raison de la chose; ou responsable, comme possesseur, pour les dommages qu'elle pourrait causer à d'autres (*Wilhe v. Crisp.*, 1854, 10. Ex. ch. 412).

Il est donc clair que toute personne qui prend une chose en la trouvant est civilement un « trespasser » excepté s'il la ramasse « en charité pour la sauver et la garder pour son propriétaire ». Dans *Isaack v. Clark* 1615, Coke C. J. le marque expressément : « C'est la loi de la charité de ramasser les choses qui viennent dans nos mains par invention et « trespas » n'a pas lieu pour cela, mais là où quelqu'un prend des choses, là où il n'y a pas un tel danger de perte ou les trouve avant qu'elles se soient perdues, alors « trespas » a lieu ».

Une telle appropriation sera donc un vol, si en plus de l'intention de s'approprier il y a un *animus furandi*.

Dans le premier cas de la chose prise et gardée pour son propriétaire, l'inventeur n'est pas un « trespasser », mais devient une sorte de « bailee » par consentement tacite ou sous-entendu du propriétaire: on se trouve donc en face d'une prise de possession légale et si une appropriation sans droit suivait (« misappropriation ») ce serait les règles du « bailment » qui devraient s'appliquer quant aux droits de cette sorte d'inventeur et de ces obligations.

Le deuxième cas qui se pose, suivant l'ancien droit, est

celui de la chose perdue et prise par l'inventeur avec intention de se l'approprier, du commencement de l'acte, il est civilement un « trespasser » car le consentement du propriétaire ne peut être présumé et l'intention du « trespasser » ne peut impliquer un « bailment » comme dans le cas précédent. Les conséquences sont que, si l'appropriation a lieu avant connaissance que le propriétaire est découvrable, il se pourrait qu'il n'y ait pas vol par manque d'*animus furandi* ; mais une appropriation après connaissance de l'existence du propriétaire serait un vol.

Un troisième cas, plus subtil, est celui où la chose est apparemment perdue mais ne l'est pas réellement ; si l'inventeur la prend dans l'intérêt du propriétaire on retombe dans le premier cas mais s'il la prend dès le début pour lui-même il y a « trespass », mais il se peut qu'il n'y ait pas vol si le *dominus non apparet*, mais de toutes façons, une appropriation subséquente, une fois l'existence du maître connue, serait un vol.

En général pourtant, les vieux auteurs ne paraissent pas considérer comme ayant de l'importance le fait que dès l'invention il y ait présence ou absence d'un signe immédiat identifiant le propriétaire. Il semble même que Coke et Hale aient pensé qu'il n'y avait pas, quelle que pût être l'intention de l'inventeur, au moment de l'invention, une prise de possession illicite donnant un caractère criminel à l'acte. Mais il est vrai que les cas rapportés par l'un et l'autre sont très spéciaux étant relatifs aux épaves et autres choses semblables qui généralement sont soumises à des règles particulières.

Il reste quant au vieux droit une remarque à faire : dans le Y. B. 1505, 21.H.VI, il est dit qu'une plainte fut formulée parce que du blé avait été rapporté à son propriétaire sans son ordre. Et Brudull donne aussi comme exemple que l'on n'a pas le droit de ramener une génisse même si elle a perdu son chemin. Ceci montre combien la haine de la *negociorum gestio* fut tôt implantée chez les Anglais ; de plus Kingsmill J. dit que pour prendre des meubles contre la volonté du propriétaire une justification est nécessaire,

soit sauvegarde soit bien public. D'un autre côté la règle a eu des conséquences pratiques. Ainsi quoique dans *Isaak v. Clark* (Coke C. J.) on ait décidé qu'un homme qui trouve des meubles et s'en dessaisit en est par là déchargé, par contre par le 12 D. IV. Fol. 13 il appert que celui qui a trouvé et a pris des meubles est obligé d'en répondre au propriétaire, et s'il les livre à un autre à moins que ce ne soit au propriétaire il en sera rendu responsable, car il peut choisir de les prendre ou non dans sa *custodia*, mais une fois qu'il a fait son choix, comme une seule personne a droit à ces meubles, le propriétaire, en conséquence il doit les garder saufs; et s'il est sage il recherchera le propriétaire. Son refus de les livrer à celui qui prétend être le propriétaire n'est pas une « conversion ». Mais il y a « trouver » non « conversion » s'il garde et conserve les choses ainsi trouvées.

En droit moderne, la base fondamentale a été conservée c'est-à-dire que ni perte ni vol et probablement ni abandon ne font perdre ni la propriété ni même la possession car en fait l'une et l'autre sont pour ainsi dire assimilées.

Suivant M. J. Wright, qui étudie surtout la question au point de vue pénal, le droit pénal relatif au vol par invention ne coïncide pas toujours exactement avec l'application stricte et la règle stricte du « trespass » civil et d'autre part il contient des limitations et explications qui ne se trouvent pas ni dans Coke ni dans Hale.

M. W.-J. Wright, suivant les éléments prédominants des temps modernes et non en référence avec la règle du « trespass » civil, distingue trois catégories de cas de perte.

1^o Cas où l'inventeur de prime abord n'avait aucune indication pour trouver le propriétaire;

2^o Cas où l'inventeur a une indication quelconque pour retrouver le propriétaire.

3^o Cas où l'inventeur ne peut arguer que d'un « colourable finding » lorsqu'il n'y a pas réellement de perte ni invention.

1^o Dans la première catégorie « a pure finding », suivant l'expression de Parke B., rentrent les cas où de prime abord

ni la place, ni les circonstances, ni la chose, ni la connaissance de l'inventeur ne fournit une indication raisonnable que le propriétaire sait où trouver sa chose. Ici il n'y a pas vol, la vieille règle que nous avons vue continue de s'appliquer. Mais un doute est venu quant à l'existence d'une intention qui pourrait innocenter ou faire condamner l'inventeur. par l'affaire Glyde 1868, où Cockburn C. J. dit : « Ici nous n'avons pas de preuve qui *montre que le prisonnier savait que le véritable propriétaire pouvait être retrouvé* », et Blackburn J. : « Il n'y a pas de preuve qui *montre que le prisonnier croyait qu'il pouvait retrouver le véritable propriétaire* » quand il ramassa le souverain ».

La question est donc de déterminer les circonstances qui peuvent montrer une telle intention chez l'accusé, puisque cette intention seule peut changer un vulgaire « trespass » entraînant seulement à compensation, en un délit pénal avec toutes ses conséquences; car s'il y a une pure invention sans cette intention et qu'il dispose de la chose il ne sera responsable que civilement; même s'il savait qu'il y avait un propriétaire au moment de la disposition.

Les textes, qui donnent les règles qui servent pour découvrir si un cas est de pure invention ou non, sont donnés dans de nombreuses décisions, ce qui se comprend, puisque les jugements ne sont rendus que sur des espèces et que les circonstances peuvent varier à l'infini. Mais le « *Thurborn's case* » peut être considéré comme une sorte de résumé. D'après lui et l'ensemble des autres, on peut déduire à peu près sûrement que, pour savoir si une chose est réellement perdue au point de vue de l'inventeur de façon à l'innocenter pénalement :

1^o On doit examiner si la place et les circonstances environnantes sont telles que le preneur peut raisonnablement présumer que le propriétaire a abandonné la chose ou tout au moins (*Thurborn's case*) ne sait pas où la trouver (Moore, 1861, Knight, 1871).

2^o La question qui se pose ensuite est de savoir s'il y avait des marques ou des signes qui permettaient de dé-

couvrir le propriétaire ; ou encore l'inventeur connaissait-il lui-même, ou pouvait-il connaître le propriétaire (1814-Anonyme, 1841 *Merry v. Green* — 1844 Moole).

3^o L'inventeur crut-il raisonnablement que la chose était perdue ? (Thurborn, 1849) ; inversement, l'inventeur s'est-il abstenu de mauvaise foi de découvrir le propriétaire ? (Scully, 1845).

Dans toutes ces décisions, ce qui frappe ce sont ces expressions qui reviennent toujours en *leit-motive* : l'inventeur avait-il des moyens raisonnables de connaître ; « reasonable means », ou une cause probable de croire raisonnablement ; ou une croyance raisonnable ; ou crut-il raisonnablement ; ou pouvait-il croire raisonnablement que le propriétaire ne pouvait être trouvé ? Ce qui revient en fait à déterminer la culpabilité d'une personne par le test de ce que devait faire, ou aurait dû faire, une personne moyenne dans telles ou telles circonstances.

Si ces trois conditions sont remplies il n'y a pas larcin.

Mais une décision de 1855 Dixon, avec le baron Parke et le juge Jervis, vient compliquer la situation. Le jury trouva que l'accusé ne connaissait pas le propriétaire, mais qu'il était probable qu'il aurait pu le découvrir et il fut dit même, qu'il n'y était pas obligé. Ce cas semble difficile à concilier avec les précédents ; mais il ne faut cependant pas oublier qu'il a été décidé, suivant ces circonstances propres, et qu'il ne s'agit que d'un simple *dictum*.

Après tout, on ne peut exiger d'un simple inventeur qu'il soit un Sherlock Holmes ni lui imposer l'obligation de faire une enquête ou une investigation extraordinaire. Il y a aussi dans toutes ces décisions de nombreux *dicta* quant à la nécessité du propriétaire apparaissant avoir abandonné la chose, mais la doctrine ne voit pas là de raison de croire à une intention d'application générale, et que si une présomption raisonnable existe de cette condition, alors il ne peut y avoir une prise de possession *invito domino*. Une pareille intention serait probablement présumée en cas d'une chose de peu de valeur.

En résumé le devoir d'inventeur avant d'assumer le

dominium sur une chose est de l'examiner et de chercher des marques ou signes par lesquels le propriétaire pourrait être connu (Scully, 1845 et Thurborn, 1849); et si de telles marques apparaissent, d'employer des moyens raisonnables pour retrouver le propriétaire, à moins que le manque de valeur de la chose ou d'autres circonstances ne donnent une présomption raisonnable d'abandon par le propriétaire (Glyde, 1868); mais si aucun signe raisonnable n'apparaît au moment de l'invention, l'inventeur n'est pas obligé de sortir de son chemin pour chercher un tel signe (Dixon, 1855).

2^o Cas de l'invention avec signes certains au moment de l'invention, permettant de trouver le propriétaire, c'est donc l'inverse du précédent car le *dominus apparel* quoique *incertus* et il y a un vol si l'inventeur prend la chose avec intention de se l'approprier; *Merry v. Green*, 1841 — Thurborn, 1849).

Cette règle pose une question : quelle est la situation de l'inventeur qui ramasse la chose sans intention de se l'approprier à tort, mais ensuite se l'approprie, que le propriétaire apparaisse ou que le signe de reconnaissance possible qui existait continue (autrement dit : quel sera l'effet de l'*animus furandi superveniens*). Est-il un voleur ou couvert par la règle de « pure finding » ? Sur ce sujet nous avons un jugement détaillé et circonstancié de la Cour de l'Echiquier, avec Lord Albinger, Parke, Gurney et Rolfe B. B. et le concours de Tindall C. J. dans *Merry v. Green* 1841 — 7 M. et W. 623. Le demandeur avait acheté un secrétaire avec un tiroir secret mais, ce qui était inconnu aux deux parties, il contenait une bourse pleine; il y eut conflit quant à la preuve du bureau vendu ou non avec le contenu; cette question ne fut pas soumise au jury et il y eut un second procès pour « assault » en raison de l'arrestation du demandeur pour vol. Le baron Parke dit : « Que la Cour assumant que le demandeur avait connaissance qu'il ne devait pas recevoir le contenu, il y avait preuve suffisante pour constituer un larcin; il n'y avait pas tradition de la bourse, le vendeur n'ayant pas eu l'intention de la trans-

férer, l'acheteur, de la recevoir; donc le demandeur quand il découvrit la bourse fit une invention, une simple invention.

Et la vieille règle, que le meuble perdu et trouvé par un autre et approprié avec *animus furandi* n'est pas un vol « finding is keeping », a subi certaines transformations; c'est ainsi que si l'inventeur est en mesure, d'après les marques, indices ou circonstances de connaître le propriétaire, il commet alors une « fraudulent conversion » et l'*animus furandi* constitue un larcin; par ex. : si un portefeuille est trouvé portant un nom écrit dessus, ou si un cocher de fiacre prend le contenu d'un paquet laissé par un voyageur dans sa voiture ou si un tailleur prend un portefeuille dans un vêtement qui lui est remis pour y donner un coup de fer, le propriétaire pouvant être facilement déterminé dans tous ces cas, il a été jugé qu'il y avait un larcin.

On dit que l'offense commise ne peut être un larcin, à moins que la prise de possession ne soit un « trespass », et ceci est vrai; mais si l'inventeur, d'après les circonstances, peut avoir connu le propriétaire et au lieu de lui réserver la chose entend dès le début se l'approprier, il n'acquiert pas par là un titre légitime et le véritable propriétaire peut maintenir « trespass ». Et il semble que, d'après le Wynne's Case Leach 413, « si dans les mêmes circonstances, il acquiert la possession et entend agir honnêtement mais après, change d'idée, ouvre le paquet et s'en approprie le contenu, il commet alors un acte illégal qui le rend coupable de vol ».

De cette décision, il ressort en premier lieu, que le transfert d'une chose n'est pas forcément transfert du contenu. En « detainee » sous Edouard III — 1315, il fut plaidé que le demandeur livra des objets mobiliers dans un coffre fermé à clef et le coffre ayant été volé avec les marchandises du défendeur, il s'agissait de déterminer la responsabilité du défendeur.

Fitzherbert dit que si les choses étaient dans la garde du défendeur, il était responsable pour leur valeur, mais

comme elles étaient dans le coffre elles n'étaient probablement pas entrées sous sa garde. Lord Holt, dans *Coggs v. Bernard*, nie que la présence du coffre fasse aucune différence, mais tous les vieux livres et anciennes décisions sont encore d'accord pour dire qu'il n'y a pas de tradition d'une chose transmise sous clef. Un tiroir à secret peut être assimilable à une fermeture du même genre.

Dans *Cartwright v. Green* 1802, un bureau fut donné à réparer à un menuisier qui força le tiroir secret, ignoré du propriétaire, et s'en appropriia le contenu. Lord Eldon décida qu'il était coupable délictuellement. Mais ce cas ne peut être assimilé complètement au précédent puisqu'il y avait un « bailment » et la doctrine du « breaking bulk » s'appliquait quoiqu'il n'y eût pas transfert de la chose prise. Le fait du menuisier, d'ouvrir ce tiroir secret alors qu'il n'en était pas requis par les termes de son « bailment », en faisait un « bailee » frauduleux. Le cas pourtant fut assimilé par Lord Eldon à celui du tailleur qui s'approprie un portefeuille trouvé dans un vêtement à lui confié, pour réparations.

S'il n'y a pas transfert de la chose cachée ou ignorée, il y a donc invention et l'on retombe dans le cas du « finding with a clue » de *Merry v. Green* puisque les juges n'ont pas voulu y voir une erreur sur l'objet de la vente, système adopté en pareil cas par la jurisprudence française. Ce qui montre la différence d'esprit des deux droits, l'un tendant à tout ramener au côté recel et apparence des choses, le second, au contraire, inclinant à voir plutôt le côté obligatoire et utilisant comme criterium un élément intellectuel, l'intention réciproque des deux parties.

Dans *Merry v. Green* il n'y avait pas « bailment » ; le fait d'ouvrir la boîte ne peut donc être entendu que comme un acte non équivoque d'appropriation sans droit et la doctrine de « breaking bulk » ne peut s'appliquer car elle est strictement réservée au « bailment ».

La question semble donc à peu près nettement tranchée. Un inventeur, qui s'approprie une chose sachant sciemment qu'elle a un propriétaire, commet au moins un « trespass »

si ce n'est un vol¹. Pour nous, ce qui est intéressant à noter c'est que le *verus dominus* n'a pas perdu sa possession envers l'inventeur même s'il en avait eu l'intention.

M. Wright distingue encore un troisième cas d'invention : celui du « colourable but not a real loss and finding » qui paraît un raffinement de subtilité du dernier cas étudié. S'il paraît que l'inventeur a agi de bonne foi, il est excusable si les circonstances lui fournissent une défense, mais s'il s'approprie la chose soit après, soit dès l'invention avec *animus furandi*, il retombe dans l'un ou l'autre des cas précédents.

Une dernière décision intéressante à étudier, car elle montre que, en l'absence d'un propriétaire c'est l'intention qui fait acquérir la possession. (*Bridges v. Haukesworth*, 1851, v. *supra*.)

D'après cette décision le droit de l'inventeur commence dès l'absence d'aucun contrôle *de facto* au moment de l'invention. Elle montre aussi combien il est important de saisir la conception préliminaire des faits et de se garder d'y mêler les questions de droit survenant ensuite. Ces cas prouvent, ainsi que *R. v. Macdonald* 1855, qu'un « bailment » peut être créé sans contrat. La décision *Armory v. Delamare*, 1721, donne la règle établie par Pratt L. C. J. que l'inventeur d'une chose, en l'occurrence un bijou trouvé par un ramoneur, quoiqu'il n'acquière pas une propriété absolue, a cependant une possession telle qu'elle le rend capable de le garder contre tous excepté le légitime propriétaire. Cette décision fixe l'étendue du droits de l'inventeur, mais ne dit rien non plus quant aux droits du *verus dominus*. Il faut donc considérer que l'état du droit est encore un peu confus en la matière qui nous occupe. ou plutôt constater une fois de plus que le droit anglais ne s'embarrasse pas de théorie et ne s'occupe que de cas pratiques.

En droits suisse (art. 72 à 73), espagnol (art. 615), et

1. D'après le *Wynne's Case* dit le Baron Parde il semble que l'appropriation subséquente est un acte illégal ».

allemand (art. 965 à 73), on trouve des dispositions obligeant l'inventeur à prévenir le propriétaire, si connaissable, ou en son absence les autorités publiques; il y a aussi obligation de garder la chose ou de la remettre à ces mêmes autorités. Au bout d'un certain délai, 5 ans en Espagne, 2 ans en Suisse, et 1 an en Allemagne, de même qu'en France, la chose trouvée et non réclamée appartient à l'inventeur dont le droit probablement remonte au moment de l'invention. En Suisse et en Allemagne, en-dessous d'une valeur assez faible, 10 francs, l'inventeur n'a pas l'obligation d'avertir le propriétaire ni la police, il a donc le droit de s'approprier la chose immédiatement.

Dans les systèmes de droit continentaux, il faudrait probablement entendre une sorte d'occupation puisque la chose est sans maître.

§ 2. — *Modes dérivés d'acquisition.*

Cette classe, ainsi qu'il a été déjà vu, a été divisée par M. Wright en trois catégories : 1^o transfert par effet de la loi; 2^o transfert volontaire par consentement de l'ancien possesseur, et 3^o transfert par une prise de possession sans consentement ou contre le consentement de l'ancien possesseur. Ces trois catégories en principe, pourraient être incluses dans la première attendu que les deux dernières doivent être permises et sanctionnées par la loi.

1^o *Acquisition par effet de la loi.* — La propriété, le droit à posséder et, dit Wright, il semble aussi la possession, peuvent passer par opération du « Common Law » ou par celle du « Statut Law » d'une personne à une autre; que cette deuxième personne soit désignée immédiatement par la loi, comme dans les cas de forfaiture, de succession *ab intestat* ou de faillite ou de « churchwardens », de « corporations » et de « trustees » ou de tout autre ayant cause désigné par la loi, comme dans le cas de privilège ou de prescription, soit par l'ancien possesseur comme dans le cas d'un exécuteur ou d'un héritier d'une chose certaine (« devisee »).

En général, il semblerait qu'immédiatement que la propriété est passée à la deuxième personne, celle-ci se trouve en la même position qu'un acheteur qui a acquis un droit immédiat à la possession et qu'en outre la possession elle-même lui passe, à moins qu'elle n'ait été interceptée par l'acte de quelque autre personne qui aurait obtenu une possession adverse.

Le même résultat paraît s'ensuivre dans les cas où la chose, étant partie de la terre ou y étant annexée, est séparée par le « tenant » ou par acte de Dieu, et par là, devient le meuble personnel en la possession de celui qui a droit au premier « estate of inheritance » (*Asher v. White lock*).

De plus dans certains cas, la personne, en qui le droit à la possession a passé par effet de la loi, acquiert un droit d'action non seulement en cas de « tort » commis après le moment où la propriété lui est passée en fait, mais aussi par « relation » donc rétroactivement.

C'est ainsi qu'un administrateur (*Tharpe v. Stallwood*, 1843) ou un exécuteur (*Bulst v. Hale*) a le droit d'agir en cas de « trespass » commis sur les meubles du *de cujus* avant le « grant of administration » ou « probate ». Quant aux administrateurs Hale dit pourtant que les meubles d'un *de cujus ab intestat* s'ils sont volés avant que l'administration ne soit commise doivent être déclarés en possession de l'évêque comme « Ordinary » et la pratique ordinaire est en accord avec cette opinion. Pourtant dans *R. Smith* 1835 où les exécuteurs avaient décliné de « to prove » il fut établi comme règle que la propriété ne pouvait pas être aux administrateurs dont les lettres ne furent accordées qu'après la commission du vol pour la raison que les lettres d'administration n'ont d'effet qu'à partir du moment de leur octroi, et que si l'exécuteur tient son droit du testament, l'administrateur le tient également des lettres. Cependant le droit paraît être établi dans l'autre sens par l'affaire *Sharpe v. Stallwood* et que la

1. Règle basée sur l'ancien système successoral règle du « Purchaser ».

propriété d'une chose volée avant le « grant » passe à l'administrateur.

Il semble douteux que cette doctrine s'applique à d'autres cas que ceux d'administrateurs et d'exécuteurs mais comme la règle est expliquée dans la décision mentionnée, il semble qu'il n'y a pas de raisons pour qu'elle ne s'applique pas dans tous les cas où le droit passe par effet de la loi, car cette doctrine ainsi expliquée n'affecte en aucune façon les droits du défendeur ni ne le rend un « trespasser » ou un voleur rétroactivement lorsqu'il n'était autrement ni voleur ni « trespasser », mais seulement rend capable le nouveau propriétaire en vertu de son titre rétroactif de poursuivre civilement et pénalement pour ce qui fut un « trespass » ou vol quand il fut commis, quoique au moment de la commission ce n'était ni un « trespass » ni un vol contre lui. La qualité de l'acte et les défenses de l'accusé, ses propres droits, ses justifications ou intentions ne sont pas altérés *ex post facto* mais seulement le titre ou droit de le poursuivre civilement ou pénalement est passé à un autre, il fit tort à quelqu'un et le droit et le moyen sont transférés à un autre (cette doctrine est entièrement différente de celle du « trespass » *ab initio*).

Cette nouvelle règle a été consacrée par l'« Administration of estates Act » de 1925 qui a aussi apporté d'autres importantes exceptions à l'ancienne règle : *actio moritur cum persona*.

Par cette règle aucun exécuteur ou administrateur ne pouvait attaquer ou être attaqué en justice pour aucun tort commis contre ou par le *de cuius* sa vie durant.

Une action meurt avec les parties à la cause d'action. Telle était la règle. Si une des parties mourait pendant le procès, l'instance tombait et il fallait recommencer (si alors un droit d'action existait pour les successeurs).

Des exceptions à cette règle furent apportées par la jurisprudence : 1° en cas de dommages causés dans l'exécution d'un contrat et 2° en cas d'appropriation illégitime d'une chose il n'est pas nécessaire comme en cas de trust que l'objet se retrouve *in specie* mais il suffit que le *de cuius*

en ait profité et que sa valeur soit recouvrable. Dans *Philipps v. Homfray* 1883 le *de cuius* possédait une mine de charbon adjacente à la ferme du défendeur et il avait extrait du charbon sous la dite ferme. En conséquence il y eut trois demandes : 1^o pour la valeur du charbon ainsi pris, 2^o le paiement pour l'usage des passages faits sous la ferme, 3^o une compensation pour les dommages subis par la propriété. La cour d'appel décida que seule la première demande était recevable. La deuxième fut repoussée parce que le bénéfice acquis ne l'avait pas été par appropriation de quelque chose, propriété du demandeur et la troisième parce que ce n'était pas une demande de restitution d'un bénéfice illégitime mais une compensation pour bénéfice illégitime. La loi mentionnée couvre maintenant les torts faits au « personnel » comme au « real estate ».

Dans les systèmes de droit continentaux on comprend souvent la prescription dans les modes d'acquisition *lege* en souvenir de la *longis temporis praescriptio* romaine.

En Common Law, il n'y avait pas de limite à l'exercice des actions personnelles.

Les 21 Jac. c. 16 et 3 et 4 Will. 4 c. 42 déclarent que toutes actions « trover », « tr'espas », « detinue », « replevin », etc., devront être commencées dans les six ans de la naissance de la cause d'action. Après ce laps de temps, l'action seule n'est plus recevable.

Comme en matière de « limitation » que nous traduirons prescription quoique ce ne soit pas très exact ainsi que nous le verrons plus loin la maxime appliquée est « Equity follows the Law » il paraîtrait donc que les règles sont les mêmes dans tous les cas; pourtant il y a quelques différences dans les matières relevant de l'« Equity » ainsi les délais ne courent pas en cas de trusts expirés ni en cas d'agent fiduciaire; et en cas de fraude, pas avant la découverte de la fraude; mais suivant la théorie des « laches » il ne faut pas que le demandeur fasse montre de négligence. Comme nous le verrons, la prescription anglaise n'est pas un mode d'acquisition car elle n'éteint pas le droit sur la chose mais seulement le droit à l'action qui le protège.

Aussi peut-on hésiter à classer ce mode parmi les transferts de possession quoique en pratique cela en soit le résultat.

Parmi les cas de transfert par la loi il faut noter celui qui se produit par la déclaration de faillite. Suivant le « Bankruptcy Act » de 1914 et l'« Amendement Act » de 1926 art. 18, en cas de déclaration de faillite la Cour adjuge le débiteur failli et ainsi faisant tous ses biens passent au « trustee in bankruptcy ». Ces biens comprennent tous ceux « in the possession, order, or disposition » du failli, possession quelquefois appelée « reputed ownership » le « trustee » peut en disposer comme le failli pourrait le faire lui-même.

Les mots « in possession, order, disposition » comprennent les meubles en *custodia* d'un serviteur (*Jackson v. Sme* 1809 ou d'un emprunteur ou d'un magasinier ou loueur, mais non un objet qui est en possession d'un gagiste (« pawnee ») ou d'un créancier ayant « un possessory lien » ni probablement du sheriff qui a pris la chose en « execution » ou d'un bailliff sous « distress » ou d'un « receiver » nommé par la Cour (*Taylor v. Exkerley* 1877).

Les meubles doivent être en la possession indivise du failli, la règle ne s'applique pas en cas de co-possession.

Quant à déterminer si les choses sont à l'ordre ou disposition du failli, c'est une question de fait (*Ex parte Walkins* 1872) Lord Selborn dit : « la doctrine de la « reputed ownership » ne requiert pas une investigation de la connaissance actuelle ou croyance des créanciers ou des voisins (« outside world ») relative à la situation de ces marchandises. Ce qui est nécessaire, c'est que des marchandises soient dans une situation suffisante pour amener les intéressés à croire qu'elles sont possédées par le failli », dont une règle de bon sens.

La faillite transfère complètement les droits du failli sur ses biens ; c'est ainsi que dans Richard Jenkins, 1887, un failli avait dissimulé des meubles loués, au « trustee » de la faillite. Le locataire de ces meubles, ignorant la faillite,

payait toujours son loyer au failli. Il fut saisi à son tour par un de ses créanciers, et celui-ci plaida avec succès, que le failli n'avait plus aucun droit et ne pouvait lui disputer la possession des meubles.

Un autre cas de transfert par la loi est celui qui se produit par l'exécution d'un jugement en cas de « trespass » « trover » ou « detain ». Quand le demandeur recouvre la valeur entière de la chose, le jugement est dit opérer comme une vente, soit à l'égard du défendeur, soit du tiers à qui il aurait pu la transmettre. Cette vente est dite opérer, au moment où le jugement est exécuté, dit Jessel M. R. (*ex parte Drake*, 1877), non du moment du transfert de la chose car la rétroactivité n'est pas en accord avec les principes généraux du droit anglais, et un jugement non « satisfié » c'est-à-dire non exécuté ne transfère pas la propriété.

La possession passe enfin par effet de la loi au sheriff en cas de saisie, mais non au « landlord » en cas de « distress », cas où le débiteur garde la possession.

Elle passe aussi aux tribunaux de police dans certains cas où ils peuvent saisir les choses suspectées d'avoir été volées.

§ 2. — *Acquisition par consentement « delivery » ou tradition.* — Dans la catégorie précédente, le droit à la possession était transféré par la loi, la possession *de facto* devait être acquise par prise de possession, soit par soi-même, soit par autrui, mais matériellement. Dans cette seconde classe le contraire se produit; c'est la tradition, la remise actuelle de la chose qui constitue le transfert de la possession et même quelquefois, du droit à la possession; celui-ci comprend donc un certain formalisme; encore un reste du vieil ensaisinement de fait ou prise de possession, côté matériel nécessaire pour faire preuve aux yeux de tous du transfert de la chose. Cette nécessité se retrouve encore dans la s. 4 du « Sale of goods Act » de 1890.

M. Wright divise cette seconde catégorie en trois classes : 1^o Tradition en vue d'aliéner; 2^o Tradition pour créer un « bailment »; 3^o Tradition à un serviteur ou à une autre

personne sans intention de lui donner un contrôle séparé ni exclusif de la chose.

Nous ne conserverons que les deux premières de ces deux divisions car ainsi que nous l'avons vu dans la possession pour autrui les serviteurs n'ont pas la possession, excepté dans des cas exceptionnels où alors ils rentrent dans la catégorie des « bailees », et il n'y a pas de transfert de possession au vrai sens du mot mais seulement détention.

1^o Transfert absolu de la possession; l'aliénateur entend transmettre à l'autre partie un contrôle indivis et exclusif sur la chose, cette tradition peut être faite directement à celui qui acquiert ou à une autre personne en son nom, agent ou serviteur; et elle peut être faite, par un changement actuel et apparent de la *custodia* des meubles, ou par un changement dans le caractère d'une *custodia* qui continue (les mêmes règles s'appliqueraient en cas de transfert de la chose pour un droit limité).

Donc deux questions se posent : quant à la tradition elle-même; quels sont les actes qui constituent un transfert suffisant? Ce qui conduit à examiner la tradition fictive ou symbolique dans le cas d'objets ou d'agréments d'objets non susceptibles d'un transfert manuel. Et ensuite il faudra considérer le côté opposé de la même question quand un transfert de détention en fait constitue-t-il une tradition en droit?

Le cas le plus simple est celui de la remise de l'objet de la main à la main avec intention de transférer la propriété ou un droit plus limité mais comprenant le droit d'user et d'avoir le contrôle de l'objet. Une telle tradition, dit Sir Fr. Pollock, que ce soit une transaction en vue d'une donation, d'une vente ou d'un « bailment » transfère toujours la possession à l'*accipiens*. Mais ici il faut entendre la possession immédiate en cas de « bailment » car le « bailor » retient la possession médiate, il faut donc prendre cette règle avec cette restriction et de même en cas de transfert d'un droit plus limité encore, droits d'user de la chose ou de s'en servir d'une certaine façon et qui rentreront dans la seconde catégorie.

Mais il faut distinguer d'abord entre une prise de possession sans consentement et une prise de possession faite avec le consentement de l'ancien possesseur. Entre « taking » et « delivery » le second étant favorisé par la loi et le premier réprimé. Sir Fr. Pollock les distingue par les différences d'intention montrées par les circonstances environnantes.

En droit moderne, suivant la S. 17 du « Sale of Goods Act » la propriété passe à l'acquéreur quand les parties l'ont ainsi entendu, mais la possession avec toutes ses conséquences ne passe que par tradition matérielle et, par exemple : pour savoir si le vendeur a pu ou non revendre la chose restée en sa possession, il faut déterminer s'il y a eu tradition ou non.

L'essence de la tradition dit Sir Fr. Pollock est que le *tradens* fasse quelque acte adéquat et manifeste qui mette l'*accipiens* dans la même position, quant à la chose, soit directement soit indirectement, que celle qu'il avait lui-même avant cet acte. L'acte ou les actes nécessaires et suffisants peuvent dépendre des règles positives de droit mais en général dépendent de la nature de la chose et des rapports des parties à son égard.

Dans le cas de meubles importants ou d'ensemble de marchandises, le transfert de possession est difficile à rendre manifeste aux sens : pour effectuer cette translation juridique on est obligé de recourir à des artifices puisqu'elle ne peut être faite matériellement, soit par une remise d'une partie de la chose ou simplement d'une manière indirecte par quelque moyen d'accès près d'elles, c'est cette tradition symbolique que les Anglais, en général, nient comme pouvant exister dans leur droit, encore que les textes non seulement en parlent mais aussi se basent quelquefois sur elle.

Sir F. Pollock maintient que malgré l'usage occasionnel de ce langage, la transaction « livery of seisin » en regard de la terre n'est pas symbolique mais consiste en un transfert de contrôle en fait tel que la nature du cas admet et tel qu'il suffira pratiquement pour faire reconnaître le nouveau possesseur.

Les Romains, dit-il, semblent avoir pensé que pour transférer des choses se trouvant dans un entrepôt, la livraison de la clef devait être *apud horrea*, rien dans nos textes ne montre que l'on soit allé si loin. Et pour montrer que la remise de la clef n'est qu'un moyen d'accès et pas autre chose, Sir Fr. Pollock dit qu'il n'y aurait pas transfert si la clef était perdue et que quelqu'un la ramassât et prétendit s'en servir pour obtenir les marchandises. N'empêche qu'il se peut très bien qu'il en obtienne possession de cette façon, car si à l'heure actuelle on n'admet plus la tradition symbolique comme forme de contrat telle que les Romains l'entendaient, par contre cette même forme sert de preuve de la tradition et lorsqu'un droit est resté tant soit peu formaliste il est bien difficile de distinguer entre la tradition d'une clef de magasin comme tradition symbolique, d'une même tradition faite par façon de preuve.

C'est ainsi qu'il est bien difficile de dire exactement quel est le rôle d'un connaissance. Il représente les marchandises, personne ne peut le nier, les représente-t-il comme preuve simplement ou les représente-t-il matériellement? Il semble bien qu'elles soient représentées matériellement, car on dispose du connaissance comme d'elles-mêmes et on ne peut en disposer autrement.

Il y a des *dicta* et opinions qui montrent que la tradition symbolique n'existe pas en droit anglais, mais il y en a de contraires; parmi les premiers : *Ward v. Turner*, 1751, Lord Harwick dit : « je ne suis pas d'accord avec cela (qu'un symbole est suffisant pour une tradition) et ne puis trouver d'autorités dans le « Civil Law », le seul cas où telle question apparaît est *Jones v. Selly* où il s'agissait de savoir si une donation *mortis causa* d'un « exchequer tally » était valide en donnant la clef du coffre où il était. Mais je pense que cela revenait à une tradition du « tally » pourvu qu'il ait été dans le coffre à ce moment-là. Donc justement comparé aux cas sur Statute 21 Jac. 1 (cas de « reputed ownership ») et on n'a jamais pensé qu'une tradition de la clef pût empêcher l'application de la loi. Mais cependant la tradition de la clef a été permise comme tradition de la

possession *parce que c'est la façon d'arriver à la possession ou d'user de la chose et en conséquence la clef n'est pas un symbole lequel ne serait pas suffisant* ». Dans un autre rapport de ce cas, Lord Harding dit que les reçus pour la rente (il s'agissait du transfert de South seas annuities) n'était pas un transfert de la rente et que dans *Jones v. Selly* il y avait transfert du « tally » parce qu'en donnant la clef, le donateur ne pouvait plus faire usage du « tally » sans le consentement du donataire. Maintenant la question de l'existence d'une seconde clef ne fut pas discutée. Mais ceci va apparaître dans les cas soutenant l'opinion contraire. La décision la plus importante est : *Ancona v. Rogers*, 1876.

La question était de savoir si certains meubles étaient en la possession apparente de l'auteur d'un « bill of sale » non enregistré au moment où il pétitionna pour liquidation. H. avait fait au demandeur un mortgage de ses meubles se trouvant dans sa maison en Sussex; ayant laissé cette maison; elle s'était arrangée avec L. en Cornouailles pour y venir habiter chez lui, dans une portion de sa maison à déterminer ensuite; elle remit des meubles à un homme qui les porta à la maison de L. qui n'était pas chez lui; mais sa femme permit que l'on plaçât les meubles dans quatre chambres et l'homme de son propre mouvement emporta la clef après les avoir fermés avec. La cour a décidé que les meubles étaient restés en possession de H.

Voici le jugement de Mellish C. J. « Les meubles vinrent-ils en possession de L. ? Ceci dépend de : s'il y a eu tradition des meubles à L. comme « bailee » ou tradition des chambres à H. La tradition de la clef est un symbole ordinaire employé pour notifier un changement de possession des pièces auxquelles la clef donne entrée. La possession des pièces ne peut être changée seulement par la tradition d'une clef, mais la tradition d'une clef, dans le cas où elle est accompagnée d'un acte qui revient à un changement dans la possession des pièces, est forte preuve que c'était l'intention des parties que la possession des pièces dût être changée. Il est vrai que la clef ne fut pas donnée à l'homme

mais prise par lui, mais la femme de L. ne fit aucune objection, ni lui-même quand il rentra. S'il avait ouvert les pièces avec une autre clef ou par force nous pensons qu'alors il aurait regagné la possession des chambres et obtenu celle des meubles comme « bailee ».

Dans *Leyerstein v. Barker* 1866, Willes J. dit d'une tradition suffisante pour un gage valable. « Dans beaucoup de cas une tradition symbolique est suffisante et équivalente à une tradition « constructive » capable de compléter le gage ». En fait il y a autant de *dicta* dans un sens que dans l'autre mais ce qui simplifie un peu c'est la section 4 du « Sale of goods Act », disant qu'aucun contrat de vente pour plus de 10 livres ne peut donner lieu à une action en justice pour en demander l'exécution à moins que l'acheteur n'ait accepté une partie des marchandises vendues et actuellement reçu cette partie ou ait donné des arrhes pour rendre le contrat obligatoire, ou qu'il n'y ait une note ou memorandum par écrit signé par la partie qui s'oblige. Cette section reproduit la s. 17 du Statute of Frauds avec une variante car ce dernier disait que le contrat ne serait pas valable si ses formes n'étaient pas remplies. Cette règle maintenant ne se rapporte donc plus qu'à une question de preuve et non à une condition de fond pour former un contrat.

Il semble que l'on peut dire qu'il n'y a plus de contrat par tradition symbolique mais que celle-ci est toujours employée comme moyen de preuve.

Pour terminer ce paragraphe, nous expliquerons rapidement ce que Sir F. Pollock entend par « constructive delivery » puis, nous donnerons les règles fondamentales relatives aux donations pour nous étendre un peu sur un point plus intéressant, l'interprétation de certaines sections du « Sale of Goods Act » relatives au transfert de la possession.

Il peut y avoir changement de possession sans changement de *custodia*, c'est ce que Sir F. Pollock appelle « constructive delivery ». Bref, c'est ce que les Romanistes englobent dans les expressions tradition *brevi manu*, *longa manu*, etc.

1^o Le vendeur peut convenir avec l'acheteur qu'il détiendra pour lui comme « bailee » ou comme emprunteur (*Elmore v. Stone*, 1808). Cet accord peut être tacite mais les faits qui le prouvent ne doivent pas être équivoques, ainsi le paiement d'une partie de la location d'un magasin n'est pas suffisant (*Blackburn On Sale*).

2^o La possession d'une chose qui est entre les mains d'un tiers peut être livrée par l'accord des trois personnes intéressées : *tradens*, *accipiens* et tiers (« agreement of attornment ») (*Farina v. Home*, 1836, Parke B.). Les actes, là aussi, ne doivent pas être équivoques, car il n'y a pas livraison du vendeur à l'acheteur tant que le tiers n'a pas reconnu, envers l'acheteur, qu'il détient les marchandises en son nom. Cette règle ne s'applique pas aux transferts de titres ou documents représentant les marchandises, connaissements, etc., qui sont gouvernés par le « Bills of lading act », 1855 et « Factors Act », 1889.

Quand les marchandises sont entre les mains d'un magasinier, le simple fait de donner un ordre de transfert par le vendeur, n'est pas suffisant pour faire changer la possession de main; mais quand l'ordre de livraison est transmis et accepté par le magasinier, alors il détient pour l'avenir pour l'acheteur, et toute objection basée sur le « Statute of Fraud » est impossible (*Crompton J. dans Castle v. Sworder*) et probablement y a-t-il livraison au point de vue du contrat même.

3^o Ce n'est pas un cas commun que l'acheteur soit en possession des marchandises comme « bailee » du vendeur, mais un contrat verbal est suffisant. Tout est question de fait dans chaque cas pour déterminer l'effet des actes des parties.

Donations.

Donations inter vivos. — Les donations en principe sont assez mal vues par tous les systèmes de droit. Mais en droit anglais la question est d'autant plus épineuse que se produit une difficulté créée par la doctrine de la « considération ».

Si une aliénation est faite verbalement, irrespectivement des conditions imposées par la s. 4 du « Sale of goods Act », la propriété passe s'il y a eu une « considération » et si tradition s'ensuit ; l'absence des formes requises n'enlèvera rien de sa validité au contrat. Maintenant s'il n'y a ni forme ni considération que se passera-t-il ? Le don sera-t-il valable ?

Dans l'ancien droit disent Fry et Bowen L. J. J. (*Cochrane v. Moore*), le don d'un meuble n'était pas valable, si fait par parole ou par « deed » pour une « valuable consideration » ou non, s'il n'y avait pas de tradition. Mais deux exceptions ont été apportées à cette règle : celle qu'en cas de « deed » et celle qu'en cas de contrat la propriété passe avec l'intention des parties avant la tradition mais la tradition reste nécessaire en cas de don verbal.

Lord Esher M. R. dit aussi que « pour qu'il y ait un don il faut un « giving » et un « taking » simultanés » ; ils sont parties nécessaires de la proposition qu'il y a un don et non preuve qu'il y a eu un don. Le mot simultané doit être entendu comme voulant dire : faisant parole de la même série d'actes ; car il y a des cas où la tradition et l'acceptation peuvent se produire à des moments différents, par exemple : dans le cas d'un don à une personne éloignée. Dans les cas où le donataire est déjà en possession du meuble la chose est fort simple ; c'est ainsi que dans le cas d'un don à un « bailee » l'expression de la volonté de l'acceptation est suffisante ; de même pour un « trespasser » (*Sheppard v. Touchstone*), décision fondée sur le Y. B. 6 N. VII 8 pl. 4 car il n'avait pas la propriété qui était restée à l'évincé (y est-il dit) : il faut qu'il y ait un transfert complet de la chose, de la propriété et de la possession pour que le don soit inattaquable. L'efficacité de la transaction dépendra ainsi entièrement de la volonté du donateur. S'il fait quelque chose qui n'est pas un transfert complet de la propriété au donataire, il n'y a pas de raisons de croire qu'il entendit faire plus qu'il n'a fait. D'où la règle principale : un don imparfait ne crée aucun droit qui puisse être léga-

qui puisse être légalement exercé. Ou autrement dit personne ne peut être obligé à rendre un don parfait.

La perfection du don dépendra de la nature de la chose donnée : s'il s'agit d'objets mobiliers, si le don n'est pas effectué par « deed », suivant *Re Seymour, 1913*, l'intention de transfert n'est pas suffisante, et le don est incomplet et sans effet, jusqu'à la tradition au donataire de la chose faisant l'objet du don ; « donation *perficitur possessione accipientis* » est la maxime appliquée. En cas de don d'un chèque ou autres effets requérant endossement pour un transfert, le don ne pourra pas en être fait autrement ; et en cas de « trust » suivant la règle de *Milroy v. Lord* (Turner L. J.) le « settlor » doit avoir fait tout ce qui était en son pouvoir de faire pour transférer la propriété suivant la nature de la chose et rendre le « settlement » obligatoire pour lui-même et ses ayants cause.

Cette règle a quelque chose d'analogue avec celle des Romains où le donateur devait s'être mis dans une telle situation qu'il ne pouvait plus revenir sur ce qu'il avait fait.

Une dernière exigence du droit anglais qui fait pendant à la jurisprudence française dans ses applications relatives à la possession non équivoque exigée dans le cas de donations douteuses, est celle que le donataire doit être capable de montrer que le donateur a accompli librement et délibérément l'acte de donation, sachant pleinement à l'époque, sa nature et son effet. Ce sont les règles de la doctrine de l'« undue influence ».

Donationes mortis causa. — Elles viennent directement du droit romain (Ins. II.7.1) disent les textes. Le don doit être fait en contemplation de sa mort par le donateur ; il doit entendre que le don ne sera effectif qu'après sa mort et serait révoqué par sa guérison ou par la mort du donataire se produisant avant la sienne. Il ne doit retenir aucun contrôle de la chose (R. Johnson, 1905). La tradition est obligatoire en cas de don verbal, elle ne l'est plus en cas de « deed ». Mais il n'est pas nécessaire comme dans les dona-

tions entre vifs que la tradition confère un titre « légal¹ » ; la tradition peut être suffisante pour passer un droit équitable lequel donnera droit à l'assistance des tribunaux.

Un simple symbole n'est pas suffisant ; c'est ainsi que la tradition des regus d'achats des « South sea annuities » a été jugée insuffisante dans la décision précédemment citée, ainsi que dans *Hawkins v. Blewit*, 1798 où les faits sont les suivants : A. ordonna qu'une malle pleine d'effets fût portée chez B. ; le lendemain il envoya la clef demandant certains vêtements qui furent envoyés avec la clef ; A. dit de renvoyer la clef mais comme B. n'avait pas renoncé au *dominium* il n'y avait pas de donation. Dans *Re Wassenberg* 1910 il fut décidé, au contraire, que la tradition de la clef d'un coffre contenant des valeurs était valable pour celle des valeurs, les circonstances prouvant une acquisition de *dominium*.

Une place à part doit être faite à la règle établie dans l'affaire *Strong v. Bird* 1874. Un don imparfait fut jugé rendu parfait par la nomination du donataire exécuteur du donateur. Cette nomination prouva donc l'exactitude du transfert.

La tradition peut être faite à un agent du donataire mais pas à celui du donateur.

« *Sale of Goods Act* » 1890. — A l'heure actuelle, le transfert des meubles par la vente est régi par le « *Sale of goods Act* » de 1893.

Cette loi est assez difficile à étudier. En fait elle ne reproduit et catalogue que ce que les décisions judiciaires ont admis comme règles pratiques. Elle ne donne aucun principe général comme base à la vente des meubles, ne s'occupant que du côté technique.

Pour cette étude il faudra donc s'appuyer sur une notion fournie par l'analyse du contrat ; en droit anglais, le contrat se forme sommairement par une offre et l'acceptation de cette offre plus l'adjonction d'un élément *sui generis*, pour

1. Un titre valide suivant le « Common Law » ou le « Statutory Law ».

qu'il soit valable en droit, la « consideration », élément qui en raison de son origine peut dans certains cas être remplacé par une forme spéciale donnée au contrat ou même peut dépendre des preuves du contrat, fournies par les circonstances environnantes, lesquelles en même temps que le contrôle peuvent prouver l'existence de la « consideration » ou la remplacer.

C'est dans ce sens qu'il faut entendre cette idée émise par Sir F. Pollock que « le transfert de la possession des meubles en tant que distinct de celui de la propriété est un incident de l'exécution du contrat de vente ».

Il est important à deux points de vue : 1^o au point de vue de la preuve du contrat (Statute of Frauds s. 17, maintenant reproduite par la S. 4 du « Sale of goods Act ») et 2^o au point de vue du « Law Merchant » quant aux droits du vendeur impayé (maintenant s. 39 du même Act).

Nous avons vu que parmi les moyens de prouver un contrat qui permettent d'en demander l'exécution en justice quand il s'agit d'une vente de 10 livres et au-dessus, sont inclus l'acceptation et reçu actuel de marchandises ou d'une partie d'entre elles; ce que Lord Blackburn résume clairement ainsi : « Quand le vendeur donne à l'acheteur le contrôle actuel des choses et l'acheteur accepte le contrôle il les a actuellement reçues »¹. Le transfert est donc parfait et l'acheteur se trouve dans la situation où était le vendeur. Mais la section 34 du même Act donne une autre définition du terme « acceptance » et qui est différente de la première, car cette seconde acception du mot au lieu de se rapporter à la preuve du contrat et à son exécution se réfère à son exécution seulement, et pour mieux préciser à l'exécution de l'obligation du vendeur de livrer.

La sec. 35 déclare « que l'acheteur est dit avoir accepté les marchandises quand il a intimé au vendeur qu'il les acceptait (*Saunders v. Topp* 1849) ou quand elles lui ont été livrées et qu'il fait quelque acte envers elles qui est incompatible avec la propriété du vendeur ou quand après un laps de temps raisonnable il retient les marchandises sans intimer au vendeur qu'il les a rejetées.

1. Blackburn, *On sale* t. 2

La section 34 déclare que la livraison de la chose en exécution du contrat à un messenger par le vendeur autorisé ou requis d'envoyer la chose par l'acheteur et en vue de la lui transmettre que l'acheteur ait désigné ou non le messenger, est *prima facie* une délivrance à l'acheteur.

Sir M.-D. Chalmers, qui fait autorité en cette matière, dit à ce propos qu'il est juste que l'acceptation par le messenger ne soit pas une acceptation dans le sens de la section 34 car le messenger ne peut savoir si les marchandises sont ou non conformes au contrat. Les nombreuses décisions sur ce sujet doivent être examinées avec soin parce que suivant les circonstances, il peut y avoir une « acceptance » qui n'est pas une « acceptation » quant au contrat.

Sir M.-D. Chalmers explique aussi la règle par laquelle la livraison des marchandises à un voiturier est de prime abord livraison à l'acheteur, lui passant ainsi la propriété et les risques s'ils n'ont pas été passés auparavant, comme le corollaire naturel de la règle, que *prima facie* le lieu de la livraison est la maison du vendeur ou l'emplacement des marchandises.

Le « Statute of Frauds » et la section 4 du « Sale of goods Act » sont seulement relatifs à la preuve du contrat et permettent d'en exiger l'exécution légalement tandis que la S. 35 se rapporte au transfert de la possession à l'acheteur et aussi de la propriété puisque le contrat peut ou non faire passer la propriété, mais la possession passe seulement par livraison. Sir M. D. Chalmers propose de voir là seulement la possession *de facto* car certainement le « right to possess » ou droit à la possession passe avec la propriété par le contrat. Mais alors se pose la difficulté du « lien » et du « stoppage *in transitu* », droits du vendeur impayé.

Sir M.-D. Chalmers veut considérer le premier cas du « lien » comme une vente conditionnelle ; le droit du « lien » appartenant à tout vendeur en possession qui n'a pas accepté d'autre sécurité ni donné de délai fixe et qui n'est pas payé, toutes les ventes faites dans ces conditions seront conditionnelles même si le vendeur n'a pas l'intention d'user de son droit de « lien » tout en restant en possession,

ce qui lui donne le droit d'aliéner une deuxième fois la chose tant qu'il n'est pas payé; Est-ce bien là l'intention de la loi? Dans l'état actuel du droit cette question reste sans réponse. Pour le droit de « stoppage *in transitu* », notre auteur le trouve franchement une anomalie qui permet de supposer que le « right to possess » ou possession proprement dite réside toujours chez le vendeur, sous condition de non appropriation par l'acheteur, puisque celui-ci a toute latitude avant que le vendeur n'exerce son droit de se faire livrer la chose par le voiturier et ainsi d'y mettre fin. On est donc obligé d'admettre que si l'acheteur a reçu, par le contrat ou du fait de la réception des marchandises par le voiturier, livraison de ces dites marchandises et en même temps la possession et le droit à la possession sur elles, par contre, quoique le voiturier comme « bailee » de l'acheteur ait la possession immédiate, il reste un autre droit au vendeur, que l'on est bien forcé de reconnaître comme une sorte de possession médiata. Ce droit à la possession existant seulement dans le cas spécial d'insolvabilité ou de faillite de l'acheteur.

Voilà une chose qui va non seulement à l'encontre de la règle *plures eadem rem in solidum possidere non possunt*, mais contre l'opinion de tous les auteurs anglais, qui maintiennent que cette règle s'applique intégralement au droit anglais¹.

Il peut y avoir tradition volontaire d'une chose sans que pour cela il y ait vraiment un contrat de créé; il peut être vicié, du fait que le *tradens* n'avait pas de titre pour faire la tradition, ou pour toute autre raison relevant de la cause de la tradition. Pourtant la livraison volontaire est toujours favorablement interprétée, nous dit Pollock.

1. Il faut donc en revenir à ce que nous disions précédemment sur le fondement de ce droit en citant de nouveau Bowen L. G. C'est une protection très forte pour le vendeur puisqu'il existe après la disparition au droit au « lien », il est fondé sur les usages commerciaux et empruntés à la coutume des marchands; il variait avec la doctrine du « civil law » qui permettait de l'employer même en cas de vente à crédit et même si les marchandises étaient en possession de l'acheteur; aujourd'hui, cette doctrine qui fut adoptée d'abord par la Chancellerie puis par la Common Law, est régie pour les deux pays par la loi mentionnée qui n'est que la conservation d'une vieille règle.

Il reste donc à voir maintenant ce qu'il en advient dans les cas où le *tradens* a un titre défectueux, nous avions jusqu'à présent assumé que le titre était valable; ou lorsqu'il n'y a pas de titre; car c'est aussi une question qui tient fort à cœur à notre auteur en cas d'erreur de la part de l'une des parties ou des deux de savoir s'il y a transfert ou non.

En général, dit-il, l'absence de titre, ou un titre défectueux ou un manque d'autorité de la part du *tradens* n'empêche pas l'*accipiens* d'acquérir la possession, et, dans certains cas, il acquiert même contre le véritable propriétaire.

Cependant le *tradens* doit avoir la possession. Ceci est important surtout en cas de terre, un occupant sans titre n'acquiert pas la possession par simple « entry », mais de cette façon, il peut acquérir un « wrongful estate in fee simple », c'est-à-dire une possession qui, quoique vicieuse envers le *verus dominus*, est valable contre tout autre étranger, et, au bout d'un certain laps de temps, sera même opposable à celui-là, son droit d'agir étant éteint. Mais dans ce but il faut une occupation effective. Un « trespasser » peut avoir un pouvoir très grand mais il ne peut transmettre ce qu'il n'a pas et il lui faut attendre d'avoir au moins un titre apparent, un semblant de titre.

Sauf quelques exceptions il n'y a donc qu'une façon pour un propriétaire apparent de terre anglaise qui veut en disposer. c'est de montrer que lui-même et ses auteurs ont possédé la terre, pour un temps suffisant pour exclure toute probabilité d'une prétention adverse supérieure; suivant 3 et 4 Will. 4, s. 27, s. 34 il faut 12 ans pour éteindre l'action en recouvrement du propriétaire mais pour un contrat de vente on demande en général une preuve s'étendant sur une période plus longue, suivant les règles du « conveyancing ».

S'il y a eu plusieurs possesseurs successifs chaque possession commencée étant elle-même un commencement de titre (« a root of title ») chaque possesseur a un titre contre tout étranger ou intrus subséquent¹. Pour décider

1. Le droit français arrive au même résultat quant à la possession immobilière. Comme le dit très clairement M. Capitant (*Droit civil*, t. 1, p. 1046) reprenant et complétant une formule d'Aubry et Rau : « On ne triomphe

entre divers possesseurs, il faut se rapporter à la décision qui fait loi sur ce sujet : *Adher v. Whitelock* 1865, où W. était le possesseur et propriétaire apparent d'une maison, il y mourut, J. se supposant à tort l'héritier de W., entra et occupa la maison, P. le réel héritier apprenant l'existence de son titre, attaqua J.; on s'aperçut alors que W. avait déposé le véritable propriétaire G. d'une façon quelconque et qu'il n'aurait pas pu résister à sa demande; mais les délais de prescription étaient écoulés depuis la mort de W. et le droit de G. éteint. J. pouvait-il user de cet argument contre P.? Non, dit Sir Fr. Pollock, appuyé en ceci par la doctrine et la jurisprudence car la loi ne dit rien « for better or worse » pour les personnes en possession actuelle ou sur la portée relative des droits limités de posséder qui peuvent être créés pendant que le délai court contre le propriétaire. La loi dit que G. et ses ayants cause ne peuvent plus poursuivre personne; elle ne dit pas que P. ne poursuivra pas J.; c'est P. qui a un titre préférable à celui de J. même si le droit de G. n'avait pas été éteint « possession is a good title — nothing less against all but the true owner ». Donc une personne avec un titre apparent ou défectueux peut transmettre la possession ou le droit qu'elle peut avoir acquis.

Voici un autre exemple à l'appui, fourni par une décision postérieure : dans *Ex parte Winder* 1877 un possesseur sans titre possédait une terre; le délai prescriptif n'était pas expiré, il la vendit à une compagnie de chemins de fer. Comme il ne put fournir le titre exigé, l'argent fut versé « into Court » et la compagnie exécuta son « deed » pour faire passer en son pouvoir le droit limité du possesseur (interest). Le représentant du propriétaire réclama cet argent; Hall. V. C. décida que l'argent représentait le droit du possesseur vendeur, droit qui pouvait être vendu sur le marché, ayant une grande valeur, quoique sans titre complet, et que cet argent appartenait à l'ayant cause du vendeur. Probablement que la question de l'extinction

pas dans une revendication en faisant preuve à l'encontre du possesseur d'un droit meilleur et plus probable, mais en lui opposant des présomptions meilleures que celles qui découlent du fait de sa possession »,

du droit du propriétaire aurait été réglée de la même façon que dans le cas précédent si elle avait été soulevée, ce qui fut d'ailleurs décidé dans *Doe v. Bernard*¹. Mais il faut noter que la possession doit être continue « in right » c'est-à-dire qu'elle doit être un même genre de droit, en appartenant ou passant à différentes personnes, ne pas changer de nature de droit en passant d'une personne à l'autre, ce qui empêcherait l'application du « Statute of limitation ». C'est ce que semble décider *Dixon v. Gaufere* 1853 où il y avait possession par un trustee du « legal estate » mais la possession actuelle était « into Court » et le propriétaire équitable eut gain de cause.

Coke donne encore comme conditions nécessaires (Co. Litt. 113 b. 114 a.) que la possession doit avoir comme caractère d'être longue, continue et paisible, mais il ne l'applique qu'aux « customary rights ».

La question de la bonne foi, comme nous le verrons, n'offre que peu d'importance dans l'acquisition de la possession; si elle est sans titre l'acquéreur sera toujours responsable de la valeur de la chose. En revanche la mauvaise foi est importante; de son existence ou non, dépend la possibilité d'intenter une action pénale ou une action civile. Les règles relatives aux meubles sont en principe copiées sur celles-ci.

En cas de vente sans titre ou avec titre annulable, on trouve des textes à ce sujet, ce sont les sections du Sale of goods Act qui en forment le centre.

La s. 12 du Sale of goods Act comprend, à moins d'intention contraire, deux obligations tacites quant au titre du vendeur : 1^o une condition tacite de la part du vendeur, qu'il a le droit de vendre la chose ou, au moins, de la vendre au moment de la vente en cas de simple promesse de vente, 2^o une garantie tacite que l'acheteur aura la jouissance et la tranquille possession de la chose.

Autrefois la règle était le contraire, il n'y avait pas d'obli-

1. Ces décisions nous apprennent en même temps que la possession se transmet aussi bien entre vifs qu'à cause de mort.

gation tacite quant au titre, sauf exception de fraude et à moins de contrat exprès; la règle fut changée par une suite de décisions judiciaires et la loi est simplement déclaratoire. Mais par contre il n'y pas d'obligation tacite quant au titre (*implied undertaking as to title*) en cas de vente par les « *sheriffs* » ou de vente forcée aux enchères publiques où les circonstances sont telles qu'elles indiquent que le vendeur prend seulement le droit qu'il peut avoir sur la chose.

Un *sheriff* vendant les biens d'un débiteur pris en exécution ne s'engage pas à prouver un titre (*Ex parte Villars* 1874) mais l'acheteur est couvert par le fait qu'il a acheté dans ces conditions et le « *sheriff* » n'est responsable que s'il savait qu'il n'avait pas de titre pour vendre (*Pieto v. Blaydes* 1814.)

Il en sera de même en cas de vente aux enchères s'il faut en croire *Consolidated compagnie v. Curtis* 1892, non seulement la possession mais la propriété passe au tiers acquéreur; mais un « *auctionner* », vendant de bonne foi et délivrant de même des marchandises qu'un client sans titre lui avait remises pour vendre, est responsable pour leur valeur envers le propriétaire quoiqu'il ait agi de bonne foi sans négligence et ait déjà payé leur prix à son client.

Quoique un peu plus strict, le droit anglais n'est donc pas très loin ni du droit romain ni du droit français comme le fait remarquer Parke B. dans *Morley Attenborough* 1849 en citant Domat et l'a. 1625 du C. C. F. il dit : « En France et en Ecosse et partiellement en Amérique, il y a toujours un contrat tacite que le vendeur a le droit de disposer de la chose, mais à parler strictement l'engagement tacite en droit français et en « *Civil Law* » n'est pas une garantie de titre. Il consiste en une obligation de livrer et une garantie contre l'éviction c'est l'équivalent d'un « *covenant* » ou promesse de possession tranquille plutôt que de celle d'un titre. »

Que se passera-t-il en cas de vente libre? Sir M. D. Chalmers doute dans ce cas que la possession passe avec le contrat.

Ce sont les sections 21 et 26 de cette loi, sections fort importantes, qui règlent la question des ventes de choses auxquelles le vendeur n'a pas de titre ou seulement un titre annulable.

La s. 21 dit qu'en cas de vente par un non propriétaire, sauf application des règles incluses dans les a. 22 à 25 1^o là où des choses sont vendues par une personne qui n'est pas le propriétaire et qui ne les vend pas par autorisation ou avec le consentement de celui-ci, l'acheteur n'acquiert pas de meilleur droit que le vendeur à moins que le propriétaire ne puisse nier l'autorisation, le pouvoir du vendeur; 2^o cette clause n'affecte nullement les règles établies par : le Factors Act ou toute autre prévision législative rendant capable le propriétaire apparent de disposer d'une chose comme s'il en était le véritable propriétaire (v. Factors Act., Bills of Lading Act, Bankruptcy Act) cette prévision n'effectuera pas non plus la validité d'un contrat de vente fait sous un pouvoir donné par le Common Law ou par une loi « Common Law et statutory Powers » ou ordonné par une cour compétente.

Les décisions judiciaires suivantes serviront à illustrer l'application de ces règles.

Farquharson Br. v. King et C^o 1902 montrera l'application de l'alinéa.1 A donna l'ordre à un entrepôt d'accepter les ordres de livraison de son clerc et signés par lui; le clerc a une autorité limitée de vendre à des clients connus (probablement connus de l'entrepôt). Le clerc sous un nom prétendu vendit à B, qui ne savait rien ni de A ni du clerc sous son vrai nom, du bois appartenant à A. et il donna ordre à l'entrepôt de livrer ce bois à B. La cour décida que A. pouvait recouvrer son bois contre B.

On est obligé d'être un peu circonspect envers cette décision; il y a d'abord une question de fraude et la maxime générale est : « *fraus omnia corrumpit* ». Il est probable que l'acquéreur avait été négligent; si le clerc avait agi dans les limites de l'autorité qui lui était allouée ou dans celles de l'autorité apparente à lui conférée par ses employeurs, B. aurait dû être protégé contre leur réclamation, quoique

les gens de l'entrepôt eussent pu échapper à une responsabilité pour cette raison; comme il s'agissait d'un cas de fraude, les cours anglaises laissent rarement le propriétaire sans recours. C'est ce que montre la décision suivante, qui, en outre applique l'alinéa 2 de la section citée plus haut. *Hollins v. Fowler* 1875, un courtier en coton, de bonne foi acheta des balles de coton de quelqu'un qui les avait obtenues par fraude, il les vendit et les livra à un client qui, lui fut protégé par le Factors Act 1889 et ne put être inquiété mais quoique le courtier n'eût touché qu'une commission il fut rendu responsable de la valeur entière du coton. Nous retrouverons ce cas un peu plus loin car il sert à démontrer en contraste avec *the National Mercantile Bank v. Rynill* 1881, cas où la possession seule avait été transmise sans toucher au titre même des marchandises, que toute personne qui transfère la propriété de certaines marchandises appartenant à autrui, quoiqu'elle l'ignore de bonne foi, en est toujours responsable bien qu'elle soit à même de donner un titre valable à l'acquéreur.

En fait, le véritable propriétaire est toujours sûr de retrouver la valeur de ses marchandises; si l'aliénateur n'a pas de titre pour transférer les choses, il est toujours responsable; et l'acquéreur n'est pas couvert non plus s'il n'a pas, de par la loi, une exception à opposer au propriétaire.

Les décisions suivantes peuvent encore être citées comme exemple de ces règles : *Goodlocke v. Commins* 1897.

Le High bailiff d'un tribunal de 1^{re} instance (County Cour) saisit certaines marchandises par « warrant of execution » X. Le véritable propriétaire les réclame mais ne fait pas le dépôt requis. Le bailiff vend les marchandises et le prix en est dûment payé à la cour; l'acheteur acquiert un titre valable par la s. 156 au County Act de 1888 et le bailiff n'est pas responsable.

Spinger v. G. W. Rly Co 1921 des marchandises périssables, des tomates, furent consignées à Jersey pour Londres, la livraison fut interrompue par une grève des chemins de fer. La compagnie vendit les marchandises sans

prévenir les propriétaires à Londres, la compagnie fut tenue responsable en dommages car elle n'était pas un « agent de nécessité » et n'avait pas de titre à opposer au propriétaire, mais l'acquéreur était couvert, donc non seulement la possession passait mais aussi la propriété sur les choses.

On trouve aussi dans d'autres jugements des *dicta* qui montrent quelle est l'idée maîtresse des applications de la loi de 1893 et de la jurisprudence antérieure. C'est ainsi que dans *Whistler v. Foster*, le juge Willes dit : la règle générale est sans aucun doute que personne ne peut transférer un meilleur titre que celui qu'il a. *Nemo dat quod non habet* est la maxime du « Common Law ». Celle du « Civil Law » est *Nemo plus juris in alium transfere potest quam ipse habet*.

Les auteurs anglais citent encore Ulpien sur la vente et Pothier contrat de vente n° 7.

Blackburn J. dit encore dans *Cole v. Northern Western Bank* 1875 : « En « Common Law », une personne en possession de marchandises ne peut conférer à une autre, soit par vente ou par gage un meilleur titre que celui qu'elle a : à cette règle générale il y a une exception, celle des ventes en « market overt » et une apparente exception, celle où une personne en possession a un titre annulable pour cause de fraude. »

La règle générale semble être que pour rendre valable une vente ou un gage contre le propriétaire de la chose, on doit montrer que le vendeur ou celui qui met la chose en gage avait une autorité du propriétaire pour ce faire. Mais si le propriétaire a agi de telle façon que le vendeur ou le gagiste avait une autorité apparente en « Common Law », le propriétaire ne peut nier une telle autorité contre ceux qui furent induits de bonne foi à agir sur la foi de cette autorité apparente ; le résultat pratique est le même que s'il avait donné cette autorité réellement ; mais la règle ne s'applique pas si l'acheteur avait connaissance ou pouvait avoir connaissance que cette autorité était limitée.

La loi quelquefois donne un pouvoir spécial de disposer

de la propriété d'un autre : par exemple : « un pawnbroker » peut vendre les gages non rédimés, un landlord les choses saisies en due forme pour son loyer, le capitaine d'un navire peut, en cas de nécessité, disposer du navire et de la cargaison.

Pour les co-propriétaires les règles sont plus douteuses (P. A. 1890). Ils sont en principe agents les uns des autres ; si l'un vend la chose et retient le prix entier, il est douteux que les autres aient un moyen contre lui en Common Law, à moins que la vente ne confère un titre valable pour le tout ; mais comme les règles de l'« equity » entrent en jeu, il est certainement un « trustee » pour ses co-propriétaires. C'est ainsi qu'en 1892, affaire *Nybey v. Handelaar*, A. vendit une demi-part dans une tabatière d'or à B. à condition que A. retînt la possession de la chose jusqu'à vente en compte commun ; il la remit à B. pour la vendre à Christie, B. au lieu de la vendre la mit en gage chez H. à qui il devait de l'argent. Il fut décidé qu'A. pouvait reprendre la chose à H. (le dépôt n'était que pour garantir une ancienne dette de B) mais qu'il en aurait été différemment en cas de mise en gage pour obtenir de l'argent.

Suivant *Oppenheim v. Frazer* 1907, il semble que si deux ou plusieurs personnes acceptent d'acheter des marchandises à compte commun, avis à l'un qui affecte l'achat d'un défaut de titre du vendeur est avis aux autres et en conséquence empêcherait la propriété de passer aux acquéreurs ce qui nous amène à étudier la règle *nemo plus juris in alium transferre protest quam ipse habet*.

Il y a deux exceptions principales à la règle : *Nemo dat quod non habet*, formule anglaise plus brève que la nôtre.

1^o Il n'y a aucun recours contre la personne qui a reçu des espèces monnayées, soit en paiement, soit sous toute autre forme d'acquisition « for valuable consideration » ; que ses espèces aient été volées ou perdues. La règle ne s'applique qu'à la monnaie courante. On peut cependant noter une décision contraire, *Freedman Black Comm.* 12 p. 105 où il fut décidé que pour recouvrer de l'argent volé le propriétaire dut prouver le défaut de titre chez celui qui

l'avait reçu du voleur. Cette décision qui est australienne, n'est intéressante qu'au point de vue d'elle-même.

2° Il n'y a pas de recours non plus contre celui qui a acheté une chose perdue ou volée en « market overt ».

Deux autres exceptions ont été ensuite introduites, l'une par le « Law Merchant » et la seconde par le « Factors Act » 1889, (v. *infra*) la première est celle des effets de commerce, la seconde apparaît, en cas de vente par un courtier ou par enchères publiques de choses obtenues sans titre.

1° « *Market overt* ». — Au moyen âge les foires et marchés amenaient et rassemblaient des gens de lieux souvent très lointains et il était impossible de connaître la provenance des choses qu'ils vendaient. Il était nécessaire de protéger leurs acquéreurs. La règle relative aux choses vendues en « Market overt » a ainsi pour base une nécessité commerciale et pratique. Il y a des textes assez vieux s'y rapportant; c'est ainsi que l'on trouve une charte accordant le privilège de marché ouvert, d'Edouard I^{er}. Il semble que cette coutume commerciale soit venue d'Allemagne au ix^e siècle. Elle fut reconnue par le « Law Merchant » en 1332.

Le marché est très limité, ainsi la Cité de Londres est un « market overt », mais seule, une vente faite dans une boutique de la Cité, est dite faite en « market overt ». Un texte important est fourni par le « Case of the Crown Jewels » 1457, Ex. Ch. Y. B. 35. H. VI f. 25, où l'on trouve qu'il fut opposé à la réclamation des bijoux par la couronne comme défense, que la coutume de Londres veut que si des bijoux volés ont été mis en gage dans la Cité, le gagiste peut les garder jusqu'à ce que le véritable propriétaire paye la somme due sur eux et Fortescue. C. J., dit dans ce cas : « Si mes marchandises sont volées par quelqu'un qui les vend en « market overt » la propriété n'est pas altérée à moins qu'il ne paye le « droit toll » sur elles... le défendeur pouvait plaider qu'il avait acheté les marchandises en marché ouvert et que par le « Law Merchant » administré en marché ouvert il avait acquis un titre, aussi bien que de notre temps la coutume des marchands peut être opposée en défense à une action en conversion de

« debentures » (actions) pour établir le titre du « défendeur par tradition ».

Il faut noter que pendant un temps on se demanda si le nombre des effets de commerce était limité par l'ancien « Law Merchant » mais cette règle a été renversée par *Goodwin v. Robarts* 1876; et maintenant il est décidé qu'un effet de commerce peut être créé par les usages modernes. Dans *Bechuanaland C^o v. London Trading Bank*, 1898, il fut établi que les « debentures » étant des effets de commerce (« negotiable instrument ») pouvaient être transférés par tradition suivant le « Law Merchant ».

Le demandeur, une Ltd. C^o possédait des « debentures » payables au porteur qui ne sont pas des « promissory notes ». Ces « debentures » étaient gardées dans un coffre-fort dont la clef était confiée à un Secrétaire des demandeurs. Le Secrétaire, en fraude, prit les « debentures » et les mit en gage chez les défendeurs pour garantir les avances qu'ils lui avaient faites. Les défendeurs reçurent les « debentures » de bonne foi, et il fut prouvé par l'usage du monde commercial et de la Bourse que depuis longtemps, les « debentures » étaient traitées comme des « negotiable instruments » et passaient par simple tradition; il fut donc jugé que, quoique les demandeurs n'étaient pas empêchés (estopped) par leur conduite de nier le titre des défendeurs, cependant ceux-ci avaient droit contre eux aux « debentures » parce qu'elles étaient des effets de commerce, transférables par tradition.

De même l'honnête inventeur d'un « bill of exchange », lettre de change, quoique sans titre, peut en donner un. C'est la règle générale que tout détenteur d'un effet de commerce est censé être détenteur « in due course », c'est-à-dire qu'il y a une présomption de bonne foi en sa faveur, sauf preuve contraire qui incombe à celui qui émet l'accusation de mauvaise foi, ce qui peut avoir pour effet de renverser la charge de la preuve et que ce soit le détenteur qui ait pour se défendre à prouver qu'il est un « holder bona fide for value », c'est-à-dire qu'il a reçu l'effet de commerce comme un paiement quelconque, honnête-

ment sans avis ou connaissance d'aucun défaut dans le titre du *tradens*. Mais en cas de vol prouvé, comme celui-ci vicie l'effet de commerce, le porteur perd le bénéfice de la présomption de bonne foi et doit prouver qu'il a reçu l'effet de commerce de bonne foi et pour une valeur quelconque.

C'est Coke 2 inst. 17.13 qui donne les conditions auxquelles la vente des choses volées ou perdues est valable en marché ouvert :

1^o La vente doit être faite dans une place ouverte, pas dans une chambre du fond de la boutique ni dans une boutique fermée;

2^o Ce doit être une chose qui est usuellement vendue dans cette sorte de boutique;

3^o La vente doit avoir lieu entre le lever et le coucher du soleil;

4^o En « Common Law » la propriété était viciée (quoiqu'il y ait des opinions contraires) par vente en marché ouvert si aucun péage « toll » n'était payé soit par raison de la liberté (franchise) de la foire ou du marché ou soit qu'il y en eût décharge.

Les hommes libres seuls pouvaient avoir boutiques, disent les vieux auteurs; et il est probable que la vente au boutiquier lui-même dans sa boutique devait être valable. Cockburn C. J. et Blackburn C. J. sont enclins à croire que telle était la coutume; mais Willes J. pense, au contraire, que si un acquéreur en « market overt » acquérait indubitablement, par contre le boutiquier était responsable en action pour « conversion ». Le « Case of market overt » 1596 ne dit rien là-dessus, il décide seulement que : en cas de vente en marché ouvert, même de choses volées, cette vente donne un titre à un acheteur de bonne foi, mais les choses doivent être de même espèce que celles vendues dans la boutique en question; que la boutique d'un écrivain public n'est pas « market overt » pour de l'argenterie, et qu'une vente faite derrière une armoire ou un rideau n'est pas valable car personne dans la boutique ni un passant ne pourrait voir ce qui se passe.

Suivant la S. 22 du « Sale of goods Act », 1890, reproduisant ces vieilles règles, quand des marchandises sont vendues en marché ouvert et suivant l'usage de ce marché ouvert, l'acheteur acquiert un titre valable pourvu qu'il achète de bonne foi et sans connaissance d'aucun défaut ou absence de titre de la part du vendeur. C'est donc la copie du « Case of market overt » plus l'obligation d'être de bonne foi pour l'acquéreur, bonne foi présumée, sauf preuve du contraire.

Les règles du « market overt » ne s'appliquent pas en Ecosse ni en Pays de Galles, ni aux Etats-Unis, et en Angleterre seulement à une classe limitée de transactions de détail dans un lieu donné. Toutes les boutiques de la Cité de Londres sont marché ouvert pour les fins de leur propre commerce. Mais un quai de la Cité n'en est pas un (*Wilkinson v. Kidg*, 1908; une vente par échantillon ne rentre pas dans la coutume parce que la transaction entière doit avoir lieu en marché ouvert et pas seulement la formation du contrat (*Cran v. London Docks*, 1864) la vente de bijoux à un commerçant dans sa chambre d'exposition ne rentre pas non plus dans les règles de la coutume (*Heargrave v. Spink*, 1892); pas plus que la vente d'une montre volée dans une salle de vente aux enchères, située au premier étage d'une maison où des gages non rédimés sont vendus périodiquement.

Il semble bien, d'après cette section et les jugements qui en forment la base ou l'application que le boutiquier n'est pas couvert même s'il est de bonne foi, chose qui paraissait douteuse sous le vieux droit.

A part la Cité de Londres la coutume de « market overt » peut exister soit par « Grant », soit par prescription, mais il semble que la coutume ne s'applique pas à un marché établi par un « Local Act » (*Moyce v. Newington*, 1878), *Cockburn C. J.*

La section 22 du « Sale of goods Act » ne change rien au droit relatif aux ventes de chevaux qui sont une exception à la règle du « market overt » apportée par la loi : 2 et 3. Phil. et Mar. c. 7 et 31, Ely.c.12, et *Moran v. Pitt*, 1873.

L'effet pratique de ces « *Acles* » est de ne pas appliquer aux ventes de chevaux les règles du marché ouvert. Les chevaux sont ainsi séparés des choses vendables en marché ouvert; la raison de l'exception dit-on, est que ces animaux représentent une trop grande valeur dans le commerce anglais pour que l'on puisse en disposer de cette façon. Des lois établissent aussi des règles très compliquées pour leur vente et éviter leur vol; ces réglementations en pratique ne sont pas observées, dit-on. On explique leur survivance parce que, quoiqu'il ait paru absurde aux Chambres que la validité de la vente d'une montre volée dépendit de sa vente sur le « Strand » ou dans « Fleet street », comme cette règle fut restaurée, celles relatives aux chevaux durent être laissées aussi (*Delaney v. Wallis*, 1884).

Comme nous l'avons marqué, la règle est la même pour les choses perdues et les choses volées; le proverbe « *Findings are Keepings* » n'est pas une maxime légale. L'inventeur d'une chose perdue n'acquiert pas de titre contre le propriétaire et ne peut en donner aucun excepté par vente en marché ouvert.

Au sujet des choses volées, une difficulté est créée du fait que le droit pénal n'est pas encore clairement séparé du droit civil en « *Common Law* ».

C'est une règle de « *Common Law* » et une règle de droit bien établie, dit Phillimore C. J. dans l'affaire *Selwyn*, 1914, que quand un délit civil est en même temps un délit public, aucune action civile ne peut être intentée tant que le délinquant n'a pas été poursuivi pénalement; le fondement de cette règle est d'assurer ainsi l'application du droit criminel car dans l'ancien droit il n'y avait pas de ministère public, et c'était le système de l'action publique romaine qui s'appliquait et s'applique encore pour une bonne partie.

Donc si l'on veut recouvrer la chose volée et vendue avant d'intenter l'action civile, il faut poursuivre pénalement. La sect. 24 du « *Sale of goods Act* » apporte encore une complication dans cette matière quant aux choses volées. Cette section dit : « 1^o Quand des meubles ont été

volés et que le coupable est poursuivi et condamné, la propriété dans ses meubles revient (« revests ») à la personne qui fut le propriétaire de ses meubles¹ ou à son représentant (« personal representative ») nonobstant n'importe quelle transaction dont ils purent être l'objet soit par vente en marché ouvert ou autrement; 2^o nonobstant toute prévision législative contraire quant aux choses qui ont été obtenues par fraude ou autres moyens illicites non équivalents à un larcin, la propriété dans ces choses ne retournera pas à la personne qui fut la propriétaire de ces choses ni à son représentant par la raison seule de la condamnation du coupable; 3^o cette provision ne s'applique pas à l'Ecosse ».

Cette règle ainsi établie par la loi de 1890 est au moins aussi vieille que celle du 21 H. VIII c. II qui peut-être lui-même était simplement déclaratoire.

Sir M.-D. Chalmers pense que la Sect. 24 n'est pas strictement une exception à la Sect. 22 parce que, dit-il : « par une vente en marché ouvert, la propriété dans les marchandises passe réellement à l'acheteur, quoique par la condamnation du voleur elle passe à l'ancien propriétaire par force de la loi ». Ceci semble un peu subtil; il est certain que s'il ne se produit jamais de poursuite criminelle l'acheteur restera propriétaire mais comme en droit anglais il n'y a pas de prescription pour une action pénale (sauf de rares exceptions) l'acquéreur « en market covert » ne peut jamais être sûr de sa propriété car si l'action en « trover » ou en « conversion », actions civiles se prescrivent par six ans, par contre, comme dans le cas qui nous occupe, s'il y a condamnation pénale la propriété fait retour par force de la loi à l'ancien propriétaire et il doit retrouver du même coup les moyens possessoires; la prescription ne s'applique

1. L'alinéa 2 de la sect. 24 du « Sale of Goods Act » fut introduit en raison de la sect. 100 du « Larceny Act » de 1861 qui étendit l'effet de cette règle à toutes les offenses comprises dans cette même loi de 1861, ce qui eut pour effet de l'étendre aux cas d'obtention de choses par « false pretences » (abus de confiance). Ceci fut critiqué par les Lords dans *Bentley v. Vilmont*, 1886 et en conséquence le deuxième paragraphe fut inséré comme amendement. Le résultat fut de revenir à l'ancien état du droit.

plus, et l'on se trouve dans une situation un peu analogue à celle de la *condictio furtiva*, et du vice de la chose volée qui n'est pas purgé, tant que la chose n'est pas revenue entre les mains de son propriétaire, avec cette différence qu'en droit anglais, les parties intermédiaires ne sont pas empêchées d'acquérir et n'ont aucune responsabilité (*Howood v. Smith*, 1788) puisqu'elles ne peuvent être coupables de conversion.

La Section 24 s'applique aussi dans tous autres cas (« or otherwise ») dans lesquels, la propriété d'une chose volée a été acquise par un contrat reconnu comme une exception à cette règle par le « Common Law »; par exemple, un achat à l'étranger valable suivant la *lex Loci*.

Quant au cas de l'agent commercial que nous verrons plus loin, dans *Payne v. Wilson*, 1895, il fut soutenu suivant la Sect. 2 du « Factors Act », que le titre, sur des choses volées, vendues par un agent commercial, était préférable au droit de restitution donné par cette Section, mais en appel ce jugement fut abandonné parce que les faits furent jugés ne pas tomber sous cette loi et d'ailleurs la section 21 décide expressément que le « Sale of Goods Act » ne changera rien à l'effet du « Factors Act ».

D'un autre côté la sect. 45 du « Larceny Act » de 1916 donne le pouvoir à la Cour condamnant le voleur de donner un ordre de restitution pour rendre la chose au maître mais comme l'effet de la loi de 1893 est de rendre la propriété à l'ancien propriétaire, celui-ci a les moyens ordinaires pour se faire rendre sa chose sans recourir à ce dernier moyen qui devient donc superflu à moins qu'en pratique il ne soit jugé plus commode. La différence avec la règle correspondante des droits continentaux relative aux choses perdues et volées vendues en marché ouvert, est que dans ceux-ci l'acheteur a droit au remboursement de ce qu'il a payé et qu'en droit français il est complètement à couvert de toutes réclamations du propriétaire après trois ans; en Suisse par le laps de cinq ans (art. 728).

Les règles sont à peu près semblables en droit espagnol

(art. 464 et 64, 67, 85, 86, 324, 545, 569, 573 du Code de commerce).

En droit allemand en un an (art. 1006, 986 et 861).

En droit italien (art. 708, 709 et 2146), deux ans pour la prescription. L'acheteur anglais, lui, semble toujours à découvert en raison de ce manque de prescription en droit pénal.

La règle continentale est plus large, non seulement quant au champ de son application, car elle comprend toutes foires, marchés, ventes aux enchères ou boutiques où l'on vend des choses de même espèce, mais aussi, dans sa façon de protéger l'acheteur.

En droit anglais, l'acquéreur dépouillé de sa chose ou de sa valeur n'a qu'un recours souvent illusoire contre son vendeur.

Entre le propriétaire et un acquéreur de bonne foi, le droit insulaire préfère donc le propriétaire; et la bonne foi n'est d'aucune défense et même la faute du maître ne pourrait être invoquée suivant ce qui est dit dans *Farquharson v. Kings et Co* à propos des choses perdues dont l'inventeur n'acquiert pas la propriété et ne peut donner un titre, excepté en « market overt », et qui peut aussi bien s'appliquer ici : « Si une personne laisse une montre, un anneau sur un siège ou une table dans un café, et qu'ils arrivent dans les mains d'un acheteur de bonne foi, ce n'est pas une réponse au véritable propriétaire, que ce fut sa négligence, et rien d'autre, qui a rendu capable l'inventeur de la passer comme sienne; une personne qui trouve des choses et les convertit à son propre usage ayant des raisons de croire au moment de la trouvaille que le propriétaire peut être retrouvé, est coupable de larcin ».

De plus l'acheteur dépossédé ne peut même pas réclamer une somme quelconque pour la garde de la chose, car il était propriétaire, jusqu'à ce que la loi la lui enlevât pour la rendre à son ancien propriétaire (*Walker v. Mathews* 1881).

La sect. 23 de la même loi (« Sale of goods Act », 1893) vise un cas assez proche de celui des choses volées, celui

des choses obtenues par fraude, abus de confiance ou de toutes autres façons plus ou moins malhonnêtes, mais souvent, échappant aux règles pénales.

Cette section est ainsi conçue : Quand un vendeur de meubles a un titre annulable sur eux et que ce titre n'a pas été annulé au moment de la vente, l'acheteur acquiert un titre valable sur ces meubles, pourvu qu'il les ait achetés de bonne foi et sans connaissance du défaut de titre du vendeur.

Voici quelques décisions des plus importantes qui servent à illustrer cette règle.

Cundy v. Lindsay, 1878, *a. c.* — B. a une chambre au 37, Wood street; une maison de commerce respectable, appelée W. Blenkiron & Co, se trouve dans la même rue. B. commande des marchandises au nom de Blenkarn, mais ce nom est tellement illisible que l'on peut comprendre le nom de la maison mentionnée ci-dessus. Le vendeur croyant avoir affaire à la firme en question, envoie les marchandises commandées; il fut jugé que comme il n'y avait pas de contrat entre B. et le vendeur, B. ne pouvait pas donner de titre à un sous-acquéreur. Dans cette affaire il faut noter qu'il y eut une première décision qui décida que B. n'avait jamais eu ni propriété ni possession des marchandises, ce qui aurait dû le faire condamner pour vol, mais au contraire il le fut pour « false pretence ».

Phillips v. Brooks, 1919. — X., prétendant être Sir G. B., personne connue, va chez un joaillier et achète un anneau à crédit, donnant un chèque sans valeur, puis va mettre le bijou en gage chez un « pawnbroker » qui le prend de bonne foi. Ce dernier obtient donc un titre valable car il y avait un contrat *de facto* entre X. et son vendeur, contrat *de facto* parce que X. avait été identifié par vue et ouïe (« by sight and hearing »), c'était bien avec la personne en face de lui que le joaillier entendait traiter. On cite à l'appui pour la validité de ce contrat l'opinion de Lord Cairns dans *Cundy v. Lindsay* : « le meuble est arrivé entre les mains de quelqu'un qui veut le vendre par un contrat *de*

facto c'est-à-dire un contrat qui se propose de passer la propriété de propriétaire à acheteur directement, alors le deuxième acheteur obtiendra un bon titre, même si après, il peut apparaître qu'il y avait des circonstances en connexion avec le contrat qui rendaient le propriétaire primitif capable d'annuler le contrat ».

Et celle de Morton C. J. dans un cas américain, *Edmund v. Merchant Despatch Co* 135 Co Mass. : « l'esprit des parties fut d'accord sur les termes du marché, la chose vendue, le prix, etc... le demandeur avait l'intention de vendre à la personne présente; cela n'a pas d'effet sur la vente que l'acheteur ait assumé un faux nom ou exerça quelque tromperie ou dol pour induire le vendeur à vendre ».

Pourtant Lord Cairns, dans le cas précité dit aussi : Puisque les parties ne se connaissaient pas il n'y avait pas d'accord de volonté. » Mais le jugement de *Phillips v. Brook* décide que le contrat est valide de toutes façons. Ici il n'y a aucun recours pour le vendeur lésé. Suivant les auteurs, il semble qu'il en serait autrement si la commande avait été passée par lettre ou téléphone; on retomberait alors dans le cas de l'affaire *Cundy v. Lindsay*.

Un cas un peu spécieux est celui de *Boulton v. Jones* où un certain Boulton avait repris le commerce d'un sieur Broklehurst avec qui il était auparavant et avec lequel un certain Jones faisait commerce et avait un compte courant. Jones, ignorant le changement survenu dans la maison de commerce en question, envoya un ordre pour certaines marchandises que Boulton fournit sans prévenir dudit changement; quand Jones apprit que les marchandises ne venaient pas de Broklehurst mais de Boulton, il refusa de les payer, et dans une action en paiement, il fut jugé qu'il n'y était pas obligé. Il n'y avait donc pas de contrat. Sir F. Pollock dit de cette décision : « il n'y avait pas de contrat exprès avec le demandeur car l'offre du défendeur ne lui était pas adressée, ni même une offre tacite, car les marchandises furent acceptées et employées

1. Carambouillage moderne du droit français.

par le défendeur sur le pied d'un contrat exprès avec la personne à qui son offre était adressée ».

On peut se demander ce qu'il pourrait arriver si les deux personnes avaient été du même nom. Ainsi que dans l'exemple amusant qui fut proposé : si une demande en mariage est faite par lettre et envoyée dans une maison où habitent deux dames du même nom; l'une âgée de vingt ans et l'autre de quarante-cinq, si la dame d'âge canonique reçoit la missive par erreur, quoi décider? Ceci est matière contractuelle et s'éloigne de notre sujet. Ce qui créait la grosse complication dans cette affaire *Boulton v. Jones* était le compte courant.

Peirce v. London Horse Carriage respository. — Ce cas est intéressant quant à la question de bonne foi requise du premier acquéreur seulement. Une automobile obtenue par fraude est vendue à B. qui l'achète de bonne foi et, sans connaissance de la fraude; B. vend la voiture à C. qui connaît la fraude mais n'y est pas partie. C. acquiert un bon titre.

Whiteborn Br. v. Davison, 1911. — Cas qui fut discuté et approuvé dans *Folkes v. King*. B. décida A. à lui envoyer des bijoux (vente à proposer) en lui représentant faussement qu'il avait un bon client; puis il mit en gage les bijoux chez C.; il décida ensuite A. à lui facturer les choses lui représentant que C. demandait crédit. A. ne peut pas faire annuler la vente ni recouvrer les marchandises de C. à moins qu'il ne puisse prouver la connaissance de la fraude.

Il ressort de tout ceci que lorsque des marchandises sont obtenues par des moyens équivalents à un larcin, le voleur n'a pas de titre et ne peut en donner, excepté par vente en « market overt »¹; mais que là où les marchandises ont été obtenues par fraude, la personne qui les a obtenues peut avoir un titre, ou pas du tout, ou un titre annulable suivant la nature du contrat. Si la nature de la fraude est telle

1. Titre alors soumis à l'aléa de la sect. 24 du « Sale of Goods Act », 1893.

qu'il n'y a jamais eu de contrat entre les parties, comme par exemple si A. obtient des marchandises en prétendant être l'agent de X. et en achetant pour le compte de X.; alors la personne qui a obtenu les marchandises n'a pas de titre du tout et n'en peut transférer aucun (*Cundy v. Lindsay*). Mais si réellement, la personne fraudée entendait se séparer de la propriété et de la possession des marchandises en faveur d'une personne donnée, quoique induite à agir ainsi par sa fraude, il y a un contrat qu'elle peut confirmer ou infirmer à son choix (*Clough v. London et N. W. Rly. Co* 1871); d'où il s'ensuit que la personne qui obtient les marchandises de cette manière a un titre quoique annulable et peut donner un titre valable à un sous-acquéreur innocent tant que la question est en suspens (*Croft v. Lunley*).

Ceci conduit à examiner la différence entre « Larceny by a trick » et l'obtention de choses d'autrui par « false pretences » ce qui n'est pas toujours aisé à distinguer.

D'après *Oppenheim v. Frazer* il semble que le test est que si par le résultat du « trick » (du tour joué), la personne fraudée entendit se séparer de la propriété et de la possession de sa chose en même temps, c'est un cas de « false pretence »; mais si la personne a été induite à se séparer seulement de la possession de sa chose et n'entendit pas se séparer de la propriété, alors il y a larcin (*Mehl v. Sutton*, 1913, où le larcin par ruse eut lieu en France et la chose fut mise en gage en Angleterre).

Un exemple typique de larcin par ruse est celui de la personne qui demande à essayer un cheval devant son propriétaire, sans que ni l'un ni l'autre n'ait l'intention de vendre ou d'acheter, ni même cette prétention; puis le voleur prend un temps de galop et s'enfuit avec le cheval. Le cas de ce larcin par ruse demande à être distingué avec soin de l'autre, car il ne faut pas oublier que de cette distinction dépendra ou non l'application de cette extraordinaire section 24. Il faut aussi noter à son propos que le « Criminal Appeal Act » de 1907, sect. 6 fait que la propriété ne repasse pas avant dix jours de délai en cas de non appel

de la condamnation et que la Cour a le droit de prendre des décisions pour la garde de la chose. Il y a larcin par ruse quand le maître n'entendit se départir ni de la propriété ni de la possession de sa chose.

Au contraire il doit y avoir cette intention dans le délit de « false pretences » qui est plus difficile à déterminer. Il est relativement un délit moderne ; Lord Holt ne disait-il pas froidement : « Allons-nous poursuivre un homme pour en avoir joué un autre (« shall we indict a man for making a fool of another » R. Jones) et recommander au demandeur de recourir à des moyens civils ? Mais une loi fut passée en 1757 et reprise par le « Larceny Act » de 1916 pour punir cette malhonnêteté.

L'exemple ordinairement cité à ce sujet est celui de la personne qui à Oxford revêtit la robe d'un étudiant pour faire croire qu'elle était membre de l'Université en profita pour acheter à crédit certaines marchandises qu'elle obtint d'ailleurs et fut condamnée comme résultat (*R. v. Bernard*).

Quand la fraude est exercée sur un serviteur ou agent ayant une autorité limitée ne permettant pas la transaction en question, c'est un larcin. C'est la différence qui se produit pour un « postmaster » qui a des instructions spéciales quant aux « money orders ». S'il paye sur un faux « money order », le bénéficiaire ne commet que « false pretences » mais s'il paye sur un faux « postal order », le délinquant commet un larcin (*R. Middleton*).

La section 25 de cette même loi de 1815 prévoit le cas d'une seconde vente par le vendeur resté en possession après la première vente ; « qu'il s'agisse de marchandises ou de titres représentant ces marchandises, la livraison ou le transfert des uns ou des autres par le vendeur ou par un agent commercial disposant pour lui-même de ces mêmes choses, soit par vente, soit par « pledge » ou autre disposition, à toute personne les recevant de bonne foi et sans connaissance de la précédente vente, aura les mêmes effets que si cette personne était autorisée par le propriétaire des marchandises à en faire la livraison ou le transfert ; et

la même disposition s'applique, dans le cas inverse où les marchandises se trouvent entre les mains de l'acheteur pour les droits que le vendeur pourrait avoir ».

Le texte de cette section est assez curieux car il dit que l'effet de la tradition ou du transfert aura le même résultat que s'il était autorisé par le propriétaire des choses; il semble donc, que si par le contrat de vente, la propriété des choses a passé est l'acheteur, sans qu'il ait obtenu la possession, et que la seconde vente soit faite sans son autorité, il n'aurait qu'un seul recours contre le vendeur, celui de demander la somme reçue pour les marchandises, mais il ne pourrait pas demander de dommages-intérêts pour rupture de contrat. Il est vrai que la situation ne paraît pas très claire d'après les décisions judiciaires, si ce n'est quant à celle de l'acheteur de bonne foi qui est complètement à couvert. Voici quelques décisions relatives à cette règle.

Calm v. Pockett's Bristol Channel C^o, 1899. — A. vend du cuivre à B. et lui envoie le connaissement endossé en blanc, avec une lettre de change pour acceptation. B. qui est insolvable se garde bien d'accepter la lettre de change mais transfère le connaissement à X. en exécution d'un contrat de lui fournir du cuivre; X. de bonne foi paie le prix des marchandises et A. ne peut exercer son droit d'arrêt en transit.

Belsize Motor Supply C^o v. Cox, 1914. — A. livre à B. une automobile par une convention de location-vente; les termes du contrat sont : 24 paiements mensuels, pour le loyer et pendant ces deux ans un paiement de 100 livres en plus pour l'achat B. en retard de 58 livres sur ses paiements donne en gage la voiture à C. et A. poursuit C. pour « conversion » et se faire rendre la chose ou sa valeur; il a gain de cause car B. n'avait que « agreed to buy », il avait seulement une option en promesse de vente qui ne faisait pas passer la propriété.

A l'opposé dans *Martin v. Hale*, 1917. B. accepte d'acheter une terre et une voiture sous réserve de l'appro-

bation de son « solicitor » quant aux titres relatifs à la terre; il obtient la voiture sans payer et la vend à quelqu'un de bonne foi puis le « solicitor » désapprouve l'achat de la terre; le sous-acquéreur est couvert car les deux autres parties avaient été d'accord l'une pour vendre et l'autre pour acheter et la propriété de la chose avait passé à l'acheteur.

Le cas de *Nicholson v / Harper*, 1895, paraît aller un peu à l'encontre de la règle énoncée ci-dessus, dans cette affaire des vins avaient été stockés dans un entrepôt et puis vendus par le propriétaire qui, après la vente, les donna en gage au magasinier lequel n'avait aucune connaissance de la vente précédente. North J. décida que le magasinier n'avait pas de titre opposable; il donne comme raison que le vendeur n'était pas en possession des marchandises quand il effectua la mise en gage; il semble plutôt que ce serait une question de fraude. Mais ceci n'apparaît pas dans le jugement.

La Section 26 prévoit un cas spécial : l'effet des « writs of execution ». Un « writ of *fieri facias* » ou tout autre « writ of execution » contre les meubles est d'empêcher toute disposition de la propriété dans les choses en exécution par le débiteur du moment où le « writ » est délivré au « sheriff » pour être exécuté; pourvu qu'un tel « writ » ne cause aucun préjudice à un acheteur de bonne foi pour valeur pécuniaire et sans connaissance dudit « writ » non exécuté.

Il faut noter que « Goods » dans cette loi, veut dire tous meubles corporels, excepté les choses « in action » telles qu'elles ont été définies et les espèces, monnaie courante.

Une autre notion très importante qui apparaît dans cette loi est celle de la bonne foi.

La bonne foi telle qu'elle est définie par la section 62 consiste à agir honnêtement, même avec négligence ou non. La bonne foi s'oppose donc à la fraude et ainsi que l'a dit Lord Herschell dans l'affaire *Derry v. Peek* 1889 où la

notion de « legal fraud » fut condamnée, il n'y a pas de *tertium quid*, entre bonne foi d'une part, et mauvaise foi ou fraude de l'autre; 1^o dit le savant lord : « pour soutenir une action pour dol (« action of deceit »), il doit y avoir preuve de fraude et rien de moins ne suffira; 2^o la fraude n'est prouvée que quand une fausse assertion (« false representation ») a été faite sciemment, sans foi ni croyance en sa vérité ou sans aucun souci qu'elle soit vraie ou fausse (« recklessly careless »)... pour empêcher une telle assertion d'être frauduleuse, il faut une croyance honnête en sa vérité... si la fraude est prouvée, le motif qui a fait agir la personne coupable n'a pas d'importance. Qu'elle ait eu l'intention de faire tort ou non à la personne fraudée. La maxime du « Civil Law » : *culpa lata dolo aequiparatur* n'est donc pas anglaise complètement quoiqu'une grosse négligence puisse être évidence de mauvaise foi ».

Les juges anglais n'ont pas formulé une définition de la fraude, mais ils citent souvent celle de Labeon D. 4.3.1.2 : *Itaque ipso sic definit dolum malum esse omnem calliditalem fallaciam machinationem ad circumviendum fallendum decipiendum alterum* .

La mauvaise foi, telle que nous l'entendons sur le continent, c'est-à-dire la simple connaissance du défaut du titre de l'autre partie, n'est pas admise en droit anglais. Ce qui peut paraître comme ouvrant la porte à beaucoup d'injustices, mais d'autres règles viennent pallier la chose; d'abord, l'application de la doctrine de la « consideration », toute chose, non reçue pour une compensation pécuniaire ou son équivalent en droit, ne passe pas en propriété à l'acquéreur en cas de défaut de titre chez le *tradens*. Autrement dit, entre un acquéreur à titre gratuit et un propriétaire ou possesseur lésé, la loi préfère ce dernier. Et enfin une dernière règle vient encore apporter ses limitations et rétablir l'équilibre, c'est celle de la doctrine dite de « notice ». La doctrine de « notice » prit naissance en droit immobilier; elle peut se résumer ainsi : tout acheteur d'un « legal estate », sachant qu'il existait sur la terre en question un « equitable interest », était obligé de respecter ou de

supporter cette charge sur le droit immobilier qu'il avait acquis; mais s'il ignorait son existence lors de son acquisition, il n'était pas tenu envers l'« equitable owner ».

On distingue : « l'actual notice » quand les circonstances sont telles, que l'acquéreur doit savoir que des droits sur la chose peuvent appartenir à autrui et une semblable connaissance par son mandataire ou agent est réputée sa connaissance propre.

« Constructive notice » lorsque l'acquéreur aurait dû connaître les droits d'autrui s'il avait pris la peine de se renseigner ou n'avait pas évité de se renseigner, autrement dit, s'il n'a pas agi en prudent homme d'affaires; et, comme dans le cas précédent, la connaissance de son agent ou la connaissance qu'aurait dû avoir son agent, lui est imputée. En fait, cela revient à peu de chose près au système continental mais par un circuit un peu plus compliqué.

Il reste à examiner la dernière exception à la maxime du « Common Law » *nemo dat quod non habet*, celle qui est apportée par la section 2 du « Factors Act » de 1889.

Mais il faut premièrement donner les définitions fondamentales qui servent de préambule à cette loi :

1^o Un agent commercial, en vue de cette loi, est une personne qui dans le cours ordinaire de son commerce, a comme agent l'autorité de vendre des marchandises ou de les consigner en vue d'une vente, ou d'emprunter, en les donnant comme garantie. Il faut donc, pour que la personne rentre dans la catégorie d'agent commercial, qu'elle en fasse son métier ordinaire et qu'elle détienne les choses dans le cours ordinaire de son commerce.

Une personne, à qui l'on aurait confié des meubles ou des marchandises à garder, ne serait point par là devenue un agent commercial (*Wood v. Roweliff*, 1846). Même il fut jugé qu'un employé d'un marchand de vins qui avait des ordres de livraison, n'était pas non plus un agent commercial pour mettre en gage, en fraude, les choses de son maître. (*Lamb v. Attenborough*, 1862).

Il fut aussi décidé que si un agent commercial reçoit des marchandises dans une qualité autre que celle d'agent com-

mercial, la loi ne s'applique pas; par exemple, le maître d'un entrepôt qui se trouve être courtier en même temps, ayant reçu des marchandises en tant que magasinier, ne eut pas les mettre en gage, comme garantie d'une dette, quoique sa qualité de courtier, en temps ordinaire, peut pu le lui permettre (*Cole v. North Western Bank*, 1875).

D'autre part, dans des circonstances exceptionnelles, un seul acte isolé peut quand même être considéré comme relevant d'un agent commercial (*Haym-Flewker*, 1863). quoique la personne n'ait pas ordinairement la qualité d'agent commercial.

Les principales catégories d'agents commerciaux sont : les « factors auctionners » et « brokers » (*Story on Sale* §§ 78, 118). Ce sont toutes personnes, dit Brett J., employées pour conclure des contrats et conventions pour d'autres personnes, en matière de commerce, négoce et navigation.

C'est la deuxième section de cette loi qui détermine les pouvoirs de l'agent commercial tel qu'il a été défini; là où un agent commercial est avec le consentement du propriétaire en possession de ses marchandises ou des titres les représentant (possession suivant cette même loi, veut dire actuelle *custodia* ou détention par une autre personne détenant sous le contrôle ou au nom de l'« agent »), une vente gage ou toute autre disposition des marchandises faite, par l'agent, agissant dans le cours ordinaire de son commerce, sera sous réserve des provisions de cette loi, validée comme s'il avait été autorisé expressément par le propriétaire des marchandises pour l'acte en question; pourvu que l'*accipiens* agisse de bonne foi et n'ait pas, au moment de la transaction, connaissance que la personne disposant (l'agent) des marchandises n'avait pas d'autorité pour en disposer.

Le second paragraphe de la même section déclare qu'une transaction qui serait valable suivant le premier paragraphe si le consentement avait été continué, le sera même si le consentement du propriétaire cessait, pourvu que l'*accipiens* n'eût pas connaissance, au moment de la

transaction, de la cessation de consentement. Ce paragraphe a été inséré pour obvier quant aux « factors » à la règle du « Common Law » (*Yonge et Toynbe*, 1910). que la mort, la folie ou toute autre cause révoquant l'autorité donnée à un agent ou mandataire affectait, et faisait tomber la transaction opérée par lui-même, même en toute ignorance de la révocation de son mandat.

Le dernier paragraphe dit en outre, que le consentement du propriétaire sera présumé en l'absence d'une preuve contraire.

Les pouvoirs d'un agent commercial ne sont pas terminés par un seul acte; ils s'étendent à toute la série d'actes d'opération sur les mêmes choses. (*Portalis v. Tetley*, 1867); et il fut aussi décidé dans *Cole v. North Western Bank*, 1875 que la règle s'étendait même aux cas où l'agent avait par fraude induit le mandant à lui confier soit les marchandises soit les titres les représentant.

A ce sujet, le « Factors Act », dit Sir M. D. Chalmers, est une application partielle de la règle française : « En fait de meubles, possession vaut titre ». Elle est en effet des plus restreinte : elle fut introduite après une longue lutte entre les commerçants et les « Common Lawyers » dont la règle était : *Nemo dat quod non habet*; ce qui donnait comme conséquence que la personne qui était en possession des marchandises ou des titres les représentant ne pouvait en disposer à l'encontre de ces instructions même non formulées.

Les marchands et les banquiers désiraient une protection pour des tiers agissant de bonne foi sur les apparences des possesseurs et ce, dans l'intérêt du commerce honnête et de la rapidité des transactions. Ils se basaient comme les continentaux, sur des raisons pratiques et des nécessités commerciales et il paraît étrange qu'une nation aussi commerçante et aux relations si étendues, ait attendu si longtemps pour simplifier ses règles commerciales; mais peut-être est-ce la raison de l'extension même de ces relations commerciales créant certains risques propres, unie au formalisme encore très poussé de son droit qui l'en

empêche. Pourtant la jurisprudence et la doctrine penchent un peu dans ce sens.

Bowen L. J., soutenant la cause des commerçants (*Sanders v. Maclean*, 1883) dit : « L'objet des usages commerciaux est de prévenir les risques d'insolvabilité non de fraude et quiconque entreprend de suivre et de comprendre le droit commercial, se perdra vite s'il commence par croire que les marchands conduisent leurs affaires avec l'intention de s'assurer d'abord contre les manœuvres frauduleuses. C'est le contraire qui se produit : crédit — et non défiance — est la base des transactions commerciales ». Sir M. D. Chalmers insiste sur ce que du côté doctrinal les juristes voient seulement la pathologie du commerce et non son action saine et physiologique et leurs idées ou façons de voir sont par là aptes à être faussées et partielles. Mais tous ces raisonnements n'ont pas fait grand chose.

Pour montrer le champ exact que couvre cette loi et quel fut exactement l'esprit dans lequel elle fut conçue, il suffira de donner l'opinion de Blackburn J. dans *Cole v. North Western Bank*, cas déjà mentionné plusieurs fois : « Nous ne pensons pas que la législation désire donner à toutes les ventes et tous les gages faits dans le cours ordinaire des affaires commerciales l'effet que donne le « Common Law » aux ventes faites en « market overt »... la règle générale de Droit est que là où une personne est induite par fraude à croire qu'elle peut sûrement commercer d'une chose, elle supporte la perte, à moins qu'elle ne puisse prouver qu'elle a été trompée par l'acte du véritable propriétaire. La législature nous semble avoir désiré établir la règle, que là où un tiers a remis des marchandises ou des titres les représentant à un agent, qui, dans le cas de son mandat, vend ou met en gage ses marchandises, il sera censé par son acte avoir induit par fraude quiconque qui, de bonne foi, fait commerce avec cet agent, achète ou accepte un gage pour avances, sans connaissance qu'il n'était pas autorisé à vendre ni à procurer des avances. »

Cette opinion prouve que la loi en question n'est pas

vraiment une application même partielle de notre art. 2279, mais une extension de la règle relative à la fraude posée dans *Derry v. Peek*, extension par fiction légale, ou plutôt par le droit absolu du législateur de déterminer l'étendue et les conditions d'application des règles qu'il fait.

Quelques décisions montreront mieux l'application de cette loi.

Oppenheim v. Attenborough, 1908. — Un courtier en diamants se fit remettre un gros lot de diamants par un marchand en prétendant qu'il avait en perspective un client K. Au lieu de vendre les diamants à K. il les mit en gage chez un « pawnbroker ». C'est contre la coutume du commerce des diamants pour les courtiers d'avoir l'autorité de mettre en gage les pierres qui leur sont remises, mais le « pawnbroker » faisait affaire pour la première fois avec le courtier, il le crut maître de l'affaire. Le gage fut jugé valable.

Oppenheim v. Frazer et Wyatt, 1907. — Un courtier obtient des diamants de la même façon que précédemment et au lieu de les remettre au client K. il s'arrange avec B. pour que celui-ci les vende; B. s'accointance avec deux autres personnes pour les acheter en compte commun; B. partage le même bureau que le courtier; il lui paie le prix des diamants; B. et les deux autres personnes sont responsables en « conversion », la fraude est évidente.

Folkes v. Kings, 1923, A. C. — Un agent commercial, dit le rapport de cette décision, qui obtient des marchandises dans des conditions équivalant à un larcin par ruse et qui est mis en possession des choses par consentement du propriétaire en peut donner un titre valable à un acquéreur de bonne foi pour une valeur pécuniaire en application du « Factors Act », 1889, sect. 2, § 1, même s'il n'avait pas l'autorité nécessaire pour vendre. L'intention de l'agent commercial est sans importance

Les faits de cette affaire étaient les suivants : Une automobile avait été confiée à un agent pour être vendue à un prix fixé; l'agent la vendit à un acheteur de bonne foi, en dessous du prix fixé et en garda l'argent; il fut décidé par

la Cour d'appel que la vente était valable. En première instance, Gruer J. avait trouvé que l'agent avait obtenu la voiture par des moyens équivalents à un larcin, par ruse et que l'agent avait eu, dès le début, l'intention de s'approprier le prix, et qu'en conséquence, il n'avait pu donner un titre valable à l'acquéreur. Mais cette décision fut renversée pour les motifs donnés plus haut et qui rentrent dans les règles que nous avons rapportées.

Heap v. Motorists Advisory Agency, 1923, est une décision que généralement l'on oppose à la précédente, les faits y sont sensiblement les mêmes, mais la décision différente; le demandeur laissa au défendeur la possession d'une automobile pour la montrer à un client supposé; il fut jugé par le « King's Bench » que le défendeur, n'étant pas un « factor » ne pouvait donner un titre à un acheteur même de bonne foi, et que la voiture avait été obtenue par larcin, par ruse. La différence réside en ce qu'ici il n'y avait pas pouvoir de vendre de la part de l'agent.

Leicester a. C^o v. Cherryman, 1907, est une affaire de marchandises volées et mises en gage; après condamnation du voleur si le propriétaire demande au Tribunal de rendre un ordre de restitution, la cour peut le faire sous condition qu'il dédommagera « le pawnbroker » (« Pawnbroker Act » 1872 s. 72.36). Ce n'est donc qu'une application de la Loi.

Une affaire plus compliquée est celle de *Buller a. C^o v. Brook*, 146 T. L. R. 233 avec Wright J.

A. connu de B. fut présenté par lui à C., bijoutier en gros. B. envoyait des clients qui achetaient des bijoux à C. par autorisation de B.; ensuite, les achats étaient débités dans les livres de C. au nom de B. au prix de gros; B. en ville, les débitait au client au prix de détail.

A. présenta D. à C., et D. obtint un bracelet de diamants de C. sans payer, qui fut naturellement débité au nom de B.; le bracelet fut allégué être pris pour être montré et approuvé par A.; D. le mit en gage chez un « pawnbroker ». D. fût condamné pour vol par ruse; puis C. intenta une action contre le prêteur sur gages pour déterminer la propriété

du bracelet; il fut jugé qu'en raison du cours habituel des affaires, dans ce commerce, la propriété du bracelet passa : 1^o de C. à B. puis de B. à A.; D. étant seulement l'agent de A.; il fut jugé aussi que le bracelet avait été obtenu par « false pretences » et qu'en conséquence la section 24 § 2 du « Sale of Goods Act » empêchait la propriété de repasser aux vendeurs. Il fut jugé aussi que les mots « propriétaire des marchandises » dans la section 24 voulaient dire propriétaire à qui elles étaient en fait volées et celui à qui, par raison de la nature de la transaction, passait la propriété; dans ce cas c'était la firme B. Enfin, que C. n'avait pas en droit, de titre à la propriété des marchandises, ni de titre pour intenter l'action¹.

Blundell a. Leigh v. Attenborough, 1921, A. C., est une décision qui a fait couler beaucoup d'encre et de paroles.

Le 1^{er} novembre 1919 la demanderesse remit ses bijoux à M. pour les évaluer et lui faire connaître combien il pourrait lui offrir comme avance sur eux. M. devait garder les bijoux comme garantie s'il faisait le prêt. Le même jour, M. mit en gage les bijoux chez un « pawnbroker », un prêteur sur gage soumis aux règlements officiels, qui les reçut de bonne foi et avança dessus 1.000 livres; cette transaction fut complète le 3 novembre. Le 5 novembre un accord fût passé entre la demanderesse et M. Celui-ci prêtait à la demanderesse 500 livres et elle lui donnait un billet à ordre (« promissory note ») pour 600 livres payable en six mensualités et il retenait les bijoux comme gage. Le 8 décembre M. emprunta 300 livres de B. et lui donna en gage comme garantie le billet et le talon du reçu du défendeur; le prêteur sur gages B. donna avis à la demanderesse du dépôt du billet et requit paiement chez lui. Le 16 décembre M. mourut. La demanderesse paya à B. des sommes montant à 400 livres en acompte sur le billet; le paiement était fait avec connaissance de la situation du

1. D'autre part, cette décision montre les difficultés qui surgissent du fait qu'il n'y a pas de partie civile dans une action pénale, devant une cour anglaise.

défendeur et de l'assertion de son droit (« claim »). La demanderesse ne fit aucune offre réelle (« tender ») au défendeur et réclama ses bijoux. Le jugement rendu en première instance par Salter J. en 1921 fut renversé et la cour d'appel décida que le 1^{er} novembre il y avait eu tradition des bijoux à M., une tradition valable pour créer un gage, à n'importe quel moment qu'il fût créé (le gage fut créé le 5 novembre) et que le caractère de la tradition n'était pas affecté par l'acte de M. en mettant en gage les bijoux le 3 novembre. La demanderesse n'ayant pas fait d'offres réelles au défendeur, n'avait pas droit à recouvrer ses bijoux sans payer.

Voici ce jugement de Salter J., qui fut infirmé par la cour d'appel.

La demanderesse emprunta de l'argent à M. parce qu'elle devait de l'argent à B. dans le cabinet duquel M avait une part. Salter J. jugea que la remise des bijoux par la demanderesse à M. était un simple « bailment », dépôt gratuit par lequel M. n'acquerrait aucun droit de propriété ni de disposition sur les bijoux; que la mise en gage était faite en fraude de la demanderesse et du défendeur et qu'ainsi elle mettait fin au dépôt, que comme M. n'avait acquis aucun droit de détenir les bijoux contre la demanderesse par « bailment », il ne pouvait donner aucun droit au défendeur, qu'il n'y avait jamais eu aucun gage valable par la demanderesse avec M. comme l'objet n'avait jamais été au commencement du contrat ni depuis dans l'actuelle ni la « constructive possession » de l'un ou de l'autre, M. n'avait donc aucun droit à transmettre au défendeur; jugement fut rendu en faveur de la demanderesse et le défendeur fit appel.

La défense du prêteur sur gages était : (*Schwobe K. C. et C. I. Attenborough*) « que les bijoux furent livrés à M. en vue de leur mise en gage, s'il faisait une avance à la demanderesse; l'avance fut faite le 5 novembre et le rapport entre emprunteur et gagiste date du 1^{er} novembre ». Les avocats citèrent les autorités suivantes à l'appui de leur thèse : « le gage peut être livré comme

garantie pour une dette existante ou future» (*Fisher On mortgages*, p. 196). La dette en question était une dette future. « Si le gagiste a déjà la chose en possession, soit par dépôt soit par prêt, alors le contrat lui transfère par opération de la loi une possession virtuelle de l'objet comme gage au même moment où le contrat est complété » (*Story on bailment*, 9^e éd., p. 297). Donc le gage est valable et la demanderesse doit payer le défendeur.

Pour la demanderesse J. D. Cassals et Sir Ellis H. W. K. C. se présentaient et dirent que dans *Whitevorn v. Vavisen* il y avait une vente (l'autre partie avait cité ce cas) une personne peut vendre une chose dont elle n'a pas la possession, mais elle ne peut la mettre en gage. M. était le 1^{er} novembre un simple « baillee » gratuit et son acte y a mis fin le 3 novembre. « Pour constituer un gage valable il faut une tradition de la possession comme partie du contrat » (*Story on Bailment*, p. 297). Donc le contrat du 5 novembre n'était pas un contrat du tout et, en conséquence, le jugement est juste.

Bankes L. J. différa de Salter J., non en droit, mais en la déduction à tirer des faits. Pour Bankes L. J. la tradition le 1^{er} novembre était valable pour un « bailment » et était aussi valable pour la création d'un gage si M. pouvait faire l'avance. Bankes L. J. citant les paroles de Salter J., dit : « Le savant juge a dit : le gage est un transfert (« conveyance ») par suite d'un contrat et il est essentiel pour un gage valide que la tradition du meuble soit faite par le débiteur au créancier gagiste en conformité du contrat ; cette tradition peut naturellement être faite par eux à des agents et peut être actuelle ou « constructive ». Si au moment du contrat de gage le gagiste est déjà en possession dans une autre capacité, le contrat de gage est par lui-même une tradition (« constructive ») feinte, même si le gagiste n'est pas en possession au moment du contrat, mais acquiert la possession d'un tiers subséquent, il se peut qu'une telle acquisition de possession soit, par vertu du contrat de gage, équivalente à une tradition feinte par le débiteur ; « Je ne pense pas que quelqu'un puisse disputer l'exposé

du Droit du savant juge. mais il continue en référence aux faits du cas « particulier » : Mais lorsque comme en ce cas la chose n'était pas, au moment du contrat de gage et n'avait jamais été depuis dans la possession actuelle ou virtuelle (« constructive ») du gagiste ou du déposant ou de n'importe quel agent de l'un ou de l'autre, je pense qu'il n'avait pas de gage valable à aucun moment possible. »

C'est là que Bankes L. J. et Salter J. diffèrent, parce que le premier pense que la décision de *Whiteborn v. Davison* montre que la transaction du 5 novembre venait nourrir le titre du défendeur, suivant son expression, et du moment qu'il n'y avait pas d'offres réelles, c'est le défendeur qui avait gain de cause (dans cette dernière décision il s'agissait de savoir si un gagiste ordinaire avait la même protection qu'un prêteur sur gages..., un objet ayant été envoyé pour « sale or return » vente à l'essai et l'objet fut mis en gage et pris de bonne foi).

Toute la question dans *Blundell and Leigh v. Attenborough* dépendait donc de savoir si M. avait acquis la possession ou non. Il semble que le raisonnement de Salter J. était très plausible, et, qu'étant donné les circonstances, il était peut-être plus juste au point de vue de l'équité, car le juge était plus près des parties. Par contre, celui des Lords se défend tout aussi bien et est non moins juste du point de vue du droit.

Il soutient davantage la législation en faveur des prêteurs sur gages et par conséquent, des tiers de bonne foi, et se rapproche peut-être un peu plus des opinions des anciens auteurs ; que si une personne acquiert la possession sans « trespass » de fait, par tradition ou « bailment », une appropriation sans droit ou un usage de même, de la chose durant cette possession ne peut ordinairement être ou devenir un délit, soit civil ou criminel, à la possession de l'ancien possesseur, pour la simple raison que sa possession n'existe plus au moment du trouble allégué. La décision des Lords légistes placés plus loin des justiciables, est aussi plus près de la théorie.

Un dernier cas à signaler dans cette matière comme par-

ticulier c'est celui du mineur. Suivant le « Infant's Relief Act » de 1874 tous les contrats passés par un mineur, pour prêt fait ou à faire, et pour marchandises fournies ou à fournir, autres que ce que l'on appelle « necessities », c'est-à-dire les choses nécessaires au mineur, suivant son état social et suivant ses besoins au moment de la fourniture, sont nuls absolument, et aucune ratification, même après la majorité de la personne en question, n'est valable et ne peut donner lieu à une action. On peut donc se demander ce qu'il advient de la propriété des choses ou de leur possession surtout qu'il a été décidé que même en cas de fraude de la part du mineur ces contrats sont de nul effet. Dans *Stocks v. Wilson*, 1913, un mineur, se disant majeur, se fit vendre par le demandeur des choses que le jury reconnut non nécessaires dans le sens de la loi. Il y eut une convention de payer plus tard et une clause que, en cas de non paiement, le demandeur pourrait reprendre possession de ses choses. Le mineur défendeur vendit une partie de ces choses pour 30 livres, et transféra le reste par un « bill of sale » pour 100 livres payé d'avance; il fut jugé qu'il n'y avait pas de moyens en raison du contrat, mais qu'en « Equity », le défendeur devait rendre l'argent reçu. Donc, la propriété des choses était passé au défendeur et par lui au sous-acquéreur.

Dans *Leslie v. Sheil*, 1914, Lord Summer dit, que toutes décisions antérieures montrent qu'un mineur, se disant faussement majeur, doit en « Equity », rendre ses gains malhonnêtes ou relever la partie trompée des obligations ou actes en droit auxquels sa fraude l'a induite, mais restitution s'arrête là où paiement commence, ce qui pose une limite à la règle précédente.

Dans cette même section rentrerait l'étude des dispositions illégitimes par les « bailees » ou serviteurs mais il en fut longuement parlé dans la partie relative à la possession pour autrui (v. *infra*).

§ 3. — *Transferts de possession involontaires*

L'acquisition de la possession, sans le consentement du possesseur, d'après Sir F. Pollock, se divise en trois catégories : 1^o L'acquisition légitime qui peut être par titre et il en donne deux genres : a) titres créés par l'ancien possesseur. Exemple : Le créancier en cas de mort-gage prenant possession du gage. Cette catégorie paraît difficile à admettre comme un transfert sans le consentement ou contre le consentement de l'ancien possesseur. Dans le contrat créant le mort-gage du temps de l'ouvrage de notre auteur, le créancier acquérait le « legal estate » et le débiteur ne gardait qu'une « equity of redemption » dont le nom seul montre qu'en fait, il s'agissait plutôt d'une vente conditionnelle avec clause de rachat que d'autre chose; b) un titre supérieur dont les exemples sont : un intrus qui a pris possession, et après sa mort ses héritiers prennent possession, ou le cas du véritable propriétaire qui reprend sa chose. Le cas de l'intrus est certainement un cas de prise de possession sans consentement du propriétaire, de même, les héritiers, continuant la possession de leurs auteurs, sont dans la même situation tant que les délais prescriptifs ne sont pas écoulés. Quant à la reprise de sa chose par le *verus dominus*, ce ne peut être un transfert involontaire, à moins que l'on admette qu'il a été dépossédé mais il se trouvera alors dans le cas d'un étranger; il est vrai que l'on se rappelle la fameuse section 24 du Sale of Goods Act qui rend la propriété à un propriétaire qui ne l'avait plus, en cas de condamnation du voleur qui civilement avait acquis la propriété. Mais dans ce cas, le transfert s'il est involontaire, par contre se fait par opération de la loi et ne rentre pas dans ce que nous entendons par transfert involontaire. Quant à la reprise de possession par l'ancien possesseur d'une chose perdue ou égarée et dont la possession n'a jamais été acquise par un autre, il semble, quoique les auteurs ne soient pas très catégoriques à ce sujet, que l'ancien possesseur ne fait que reprendre la possession *de facto* de sa chose puisqu'il n'en avait pas

perdu la possession civile ou tout au moins qu'il en avait gardé une possession virtuelle; il est probable, que même par l'abandon, la propriété ne se perd pas; donc on peut probablement dire que quand un possesseur reprend sa chose paisiblement, suivant son droit qui n'avait pas varié, son droit de possession peut tout au plus être considéré comme ayant dormi, suivant l'expression habituelle.

Sir F. Pollock donne comme 2^e classe l'acquisition « justifiable » ou « excusable » dont il fait deux catégories : 1^o par autorité de la loi « distress » en exécution publique; nous avons classé celles-ci sous la rubrique d'acquisition par effet de la loi; 2^o La prise de possession pour le bénéfice du propriétaire ou présumée telle; il nous a paru qu'elle était plus près du mandat tacite et nous en avons parlé avec les modes volontaires ou, pour mieux dire, avec la possession pour autrui.

La troisième classe est celle d'acquisition par un « taking » prise de possession sans autorisation ou même contre la volonté du possesseur et ce, généralement sans droit.

Pour notre auteur il y en a trois sortes, mais en fin de compte, ce sont trois mots pour désigner la même chose; « disseisin » pour les terres, « ouster » pour les « chattel-real » et « asportation » pour les « chattels corporal ». C'est seulement le dernier qui nous importe.

Une « wrongful asportation » ou prise sans droit d'un meuble, si elle est accompagnée d'*animus furandi*, peut constituer un vol ainsi qu'il a été vu.

La question qui se pose est : Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait prise de possession sans droit, ou, comme le dit Wright, quels sont les éléments qui constituent ce changement de possession? Pour lui, il y en a trois : 1^o certains actes faits en regard de la chose; 2^o l'absence de consentement du possesseur; 3^o probablement une certaine intention ou un certain état d'esprit chez l'intrus.

1^o Certains actes accomplis envers la chose. Mais il faut distinguer deux cas : a) quand le *dejiciens* n'est pas en possession matériellement de la chose et b) Quand il l'a déjà entre les mains.

a) Dans le premier cas, l'acte nécessaire est celui qui est défini par le droit pénal pour déterminer le vol. Il est nécessaire de faire une sous-distinction; pour qu'il y ait vol, en droit anglais, il faut non seulement un fait matériel dont nous allons établir les éléments, mais aussi une intention spéciale, *l'animus furandi* ou intention de priver le possesseur de sa chose complètement, et sans cette intention, l'acte en question base du vol n'est plus qu'un simple « trespass ».

Ce premier élément matériel du « wrongful taking » défini par les vieux textes : *cepit et asportavit invito domino*¹ ne consiste pas seulement dans le fait d'emporter la chose mais il suffit de la changer de place; le fait d'enfiler un vêtement, le fait de soulever un paquet serait suffisant; par contre, l'acte du voleur qui coupe les cordons d'une bourse (Crompton 35), ou la poignée d'un sac ce qui les fait tomber à terre alors que la présence d'un gendarme l'empêche de les ramasser, ne constitue pas le fait matériel d'« asportation ». Pourtant celui de détacher une boucle d'oreille qui resta prise dans les cheveux de sa propriétaire avant que le voleur ne pût la prendre, fut jugé suffisant (*R. v. Lapierre*).

Ce même élément est aussi nécessaire dans le cas b) auquel le texte que nous venons de citer s'applique aussi : l'intention de priver le maître de sa chose ne prouverait rien dans ce cas s'il n'y avait pas de plus un acte contraire² à la possession du maître de la part du serviteur ou une négation du droit du « bailor » par le « bailee ».

Mais il y a des cas rentrant dans cette 2^e catégorie ou il n'y a pas nécessairement un vol, où l'intervention de titre

1. Ce qui donne ainsi les deux principaux éléments.

2. Cet acte contraire remplace donc ici juridiquement le déplacement matériel de la chose dans le cas de dépossession.

3. Nous avons vu qu'un serviteur recevant une chose pour son maître, un « bailee » ou toute autre personne recevant de l'argent ou des choses appartenant à autrui soit comme mandataire « bailee », « trustee », serviteur ou toute autre situation prévue par les lois de 1861 et 1916, toutes ces personnes sont passibles de poursuites pénales en cas d'appropriation malhonête de la chose confiée.

est faite de bonne foi, soit que le détenteur ou possesseur pour autrui ait cru qu'il avait droit à la chose et pouvait la réclamer contre le propriétaire, soit que celui, pour qui il possède, apparaisse ne pas être le véritable propriétaire : que, par exemple, un « bailee » ait eu à rendre la chose à ce *verus dominus* ou ait eu à la défendre en son nom pour éviter d'être tenu responsable envers lui.

Il n'y aurait pas de vol non plus, et, seulement un recours civil, si le possesseur, pour autrui, ne pouvait rendre la chose en raison de négligence ayant causé sa destruction matérielle ou juridique.

En cas de fraude telle qu'elle a été définie, il n'y aurait aussi qu'un recours civil.

Quant au serviteur, le cas de négligence ne peut en général que rarement donner lieu à une action ; c'est ainsi que des actions intentées pour empêcher des domestiques, soit de donner trop de provende aux animaux, soit pour avoir donné des restes aux pauvres, furent déboutées. Il y a des limites à la protection de la loi, *de minimis non curat lex*.

En résumé, pour ce premier élément, il faut que non seulement, il y ait déplacement de la chose, mais qu'aucune partie de la chose n'occupe la même place. Il n'est pas nécessaire que la chose soit emportée, soit hors de la maison, soit hors du lieu ou du réceptacle où elle se trouve, pour donner lieu à l'action de « trespass » qui protège ce genre de trouble à la possession.

Au point de vue pénal, il n'y aurait qu'un « inchoate crime ». En fin de compte, il paraît plus simple de se servir de la règle continentale de tout acte contraire au droit du propriétaire et en étant une négation formelle.

C'est du moment de cet acte que partira le délai prescriptif (*Granger v. Georges*).

La prise de possession peut être indirecte ou « constructive », c'est-à-dire considérée comme telle, par analogie. Wright distingue 2 cas : 1° Lorsqu'on obligea une autre personne à livrer ou à laisser la chose ; 2° En recevant la chose d'une personne qui ignore qu'elle la livre à quel-

qu'un qui n'y a pas droit; ce sont tous des cas d'erreur ou de fraude, ou de vices du consentement, ce qui nous conduit à examiner le second élément, le manque de consentement chez l'ancien possesseur.

Il est quelquefois difficile de distinguer la fraude de l'erreur, très souvent la première cherche à causer la seconde. Si une personne, par tromperie ou dol, est induite à se séparer en même temps de la propriété et de la possession de la chose au profit d'une autre, la propriété passe avec la possession à cette seconde personne. Celle-ci par cela même peut donner un titre valable à un tiers de bonne foi (avec l'exception de restitution dans certains cas). Quoique si elle a un contrat, celui-ci soit annulable, ou soit que sa possession soit viciée en regard de l'ancien propriétaire et puisse donner lieu à une restitution ou que les deux nullités se produisent ensemble.

D'autre part, il peut y avoir d'une des parties, l'intention de transférer à titre de gage et de la part de l'autre, celle de profiter de l'occasion pour garder la chose, ou tout au contraire, une erreur, cette deuxième personne croyant recevoir un don; dans ce cas il y a erreur sur le contrat et la propriété ne passe pas. Ce sont donc les règles relatives à la validité du contrat, qui s'appliquent en ce cas ou celles du droit pénal pour distinguer entre une vente et un larcin par ruse.

De même dans tous les cas d'erreur sur la personne ou l'objet du contrat, ce sont les mêmes règles qui doivent s'appliquer, mais il faut retenir que la possession ainsi obtenue, si elle est acquise, est viciée contre l'ancien possesseur, et qu'il a toujours un recours contre celui qui a enlevé sa chose de cette façon, quoiqu'il ne puisse pas toujours agir contre un tiers acquéreur.

Le consentement peut être aussi obtenu de personnes qui sont incapables de le donner, par exemple d'un serviteur qui, simple détenteur en général, ne peut donner aucun titre, même si par un acte contraire, il avait acquis la possession contre son maître, car elle serait illicite et il ne pourrait transférer qu'une possession avec ce même carac-

tère (avec les exceptions naturellement du pouvoir apparent qu'il pourrait avoir).

Pour l'épouse, la question est plus difficile, car en général, elle est considérée comme ayant un pouvoir apparent : en principe, elle a l'autorisation de son mari, sauf preuve du contraire, et même quelquefois, a été considérée comme copropriétaire avec lui. En droit criminel, ceci conduit aux subtilités déjà rencontrées en cas d'adultère, si elle part emportant des biens du mari avec l'intention de commettre l'adultère, cette intention est considérée comme suffisante pour annuler l'autorisation donnée par le mari ; ou bien, peut être comme un indice qui montre au complice que cette autorisation n'est pas convenablement exercée, et ainsi le fait tombé sous le coup de la loi. Mais un aide, qui simplement porte les affaires de l'épouse en rupture de bans, n'en obtient pas possession pour cela et par conséquent ne peut être tenu responsable pour leur disparition. Le troisième élément nécessaire est une certaine intention de la part du *deji-ciens* et ici, se produisent le plus grand doute et de grosses difficultés.

D'une part, il semble que l'acte particulier de prise de possession de la chose, quoiqu'il doive être volontaire, dans le sens que la personne doit agir elle-même pour prendre la chose (ne pas l'emporter par le fait de l'acte d'un tiers, par exemple), ne doit pas nécessairement impliquer la connaissance chez celui qui l'emporte que la chose en question appartient à autrui ; d'autre part, il n'est pas très clair, non plus, dans l'état du droit actuel, si le *deji-ciens* doit avoir l'intention de garder la chose, dès le début ou s'il est suffisant qu'il ait cette intention à un moment quelconque après la prise de possession. En outre, une autre question, de preuve très délicate, est celle de déterminer quels sont les actes qui montreront cette intention et comment ces actes doivent être interprétés.

Pour la première face de la question dans l'affaire *Riley*, qui semble fixer le droit, il fut admis que le fait, par le berger d'emmener un agneau de plus, même sans le savoir, constituait l'acte volontaire suffisant pour un « trespass ».

Pour le deuxième côté de la question on se heurte à la vieille règle qu'une possession, une fois acquise, ne change pas de caractère; elle garde celui qu'elle avait au début; si elle était vicieuse dès le début, elle le reste et si elle était honnête il en est de même. L'exemple le plus typique est celui du « trespass » justifié, ou la prise de possession étant vicieuse dès le début, dès que la cause de justification cesse, la possession gardant un tel caractère l'ancien possesseur est libre d'agir.

Une exception à cette règle est celle du « trespass » *ab initio* où un acte subséquent change le caractère de la prise de possession rétroactivement.

De même la survenance d'un *animus furandi* change totalement l'aspect de la question. Bien que Wright dise que les décisions sur les cas de « trespass » et de vol aient empêché cette partie du droit d'être un véritable chaos elles ne semblent pas l'avoir empêchée d'être un vrai labyrinthe.

Il suffit de donner quelques citations et passages de décisions comme celles de l'affaire *Riley* pour se rendre compte des difficultés.

Williams J. dit dans ce jugement : « Même sans l'*animus furandi*, dès le début, il y avait « trespass » et comme ce n'est qu'une seule série de faits formant un seul acte, le « trespass » est continu et la survenance de l'*animus furandi* en fait un vol en « Common Law ».

Et Parke B. : « L'accusé a commis un « trespass » en emmenant l'agneau; ce « trespass » commença quand il laissa le champ et continua depuis lors... les mots techniques pour un « inditement » (plainte ou accusation déposée sous serment) sont en cas de vol de bétail : *effugavit abduxit*... le « trespass » quoique non criminel, le devint par la vente de l'agneau. »

Ces deux opinions sont déjà légèrement différentes, les deux juristes sont d'accord quant au « trespass » du début mais l'un dit que la survenance de l'*animus furandi* en fait un vol, l'autre que c'est la vente qui en fait un vol.

Un troisième juriste, Pollock C. B. par ce qu'il pense,

montre encore plus la difficulté : « La difficulté, dit-il, est de savoir quand il y a prise de possession (au sens du « trespass ») il y a une grande différence entre une invention et la prise de cette chose de la possession même de son maître. Dans le cas de la prise d'un parapluie par erreur, il y a délit s'il y a un *animus furandi* au moment de la prise de la chose et le fait de vendre l'agneau est plus qu'un mouvement d'esprit, il y a donc délit. »

Donc pour lui, la différence réside entre l'existence de cet *animus furandi* au moment de la prise de possession dans le cas de vol et son absence dans l'autre cas. Mais l'éminent juge continue voulant confirmer la condamnation : « Nous pensons que la condamnation est juste. Si un homme obtient possession d'une chose légitimement et sans intention de la voler au moment de la prise de possession et ensuite se l'approprie sans droit, il n'y pas délit. Mais dans ce cas, la prise de possession de l'agneau, en l'emmenant hors du champ, n'était pas légitime. Or, il est dit qu'il n'y avait pas de prise de possession à ce moment-là, et qu'au moment où il découvrit l'agneau, il se l'appropriait, mais si la prise de possession originaire est « wrongful »), viciée sans droit, quoique non criminelle et qu'ensuite il dispose de la chose *animo furandi* alors il y a larcin. »

Ceci nous ramène au même point : une seule chose claire ressort jusqu'à présent, le principe que le caractère d'une possession acquise ne peut être changé par un changement d'intention; mais il reste toujours la difficulté de déterminer le caractère de cette possession; car il appert qu'une intention peut le changer; si cette intention n'apparaît pas dès le début; seulement des actes postérieurs à la prise peuvent la montrer.

Comme la doctrine du « trespass » *ab initio* ne peut s'appliquer qu'au cas spécial d'autorisation d'entrée donnée par la loi, elle n'est d'aucun secours ici et presque toujours les actes postérieurs démontreront comme dans le cas qui nous occupe que l'intention de voler est postérieure à l'acte de prise de la chose. Il est manifeste que le berger a emmené l'agneau sans intention de le voler, puis qu'il

n'a su qu'il l'avait que sur la remarque de son acheteur qu'il y avait 30 bêtes au lieu de 29. On ne peut nier que du point de vue de la justice, ce jugement ne soit intrinséquement juste, mais on conçoit aussi la difficulté pour des juristes anglais de tourner cette barrière qu'est le principe ci-dessus énoncé et qui les oblige à une telle acrobatie de casuistes.

Ce cas sert aussi à montrer qu'il peut y avoir « trespass » sans intention de le commettre, en effet Parke B. dit que le berger avait commis son « trespass » en quittant le champ, et, à ce moment là, il ne savait pas encore qu'il emmenait l'animal. Et Pollock C. B. dit aussi que la prise d'un parapluie par erreur, le croyant le sien, est aussi un « trespass », puisqu'en cas d'*animus furandi* survenant, c'est un vol et l'on sait que l'acte matériel basant le vol, doit être un « trespass ».

En droit français, malgré notre règle péremptoire à première vue de l'article 2279, comme la jurisprudence exige que la possession soit non équivoque et de bonne foi, il suffit de démontrer l'absence d'une de ces conditions pour rendre vicieuse la possession de l'adversaire et reporter sur lui la charge de la preuve. Dans l'affaire *Riley* il aurait été facile de prouver que le berger avait emmené les bêtes de tel champ où se trouvaient d'autres animaux et, par suite, sa mauvaise foi. Mais nous avons vu qu'en droit anglais ce que nous appelons mauvaise foi, c'est-à-dire la connaissance de l'absence de titre n'est pas suffisante. il faut quelque chose de plus, un élément de fraude qui a pour résultat de mettre en branle la machine de répression pénale, car la simple mauvaise foi, telle que nous l'entendons en général, n'a aucun effet, soit pour, soit contre du point de vue civil.

Une autre difficulté qui se trouve sur le chemin des juristes insulaires, c'est l'importance de l'intention aussi bien de l'une des parties que de l'autre, dans les transactions du genre de celles qui nous occupent. C'est même la grande difficulté anglaise, c'est que tout tourne sur l'analyse de l'intention de l'homme.

C'est ainsi que dans le cas d'erreur sur la chose on trouve des difficultés dues à la question de consentement de l'ancien possesseur ou de son agent.

La règle fondamentale est celle d'Ulpien, D. 18. 1. 14 : « *Si aes prove neat non valet* »; si la partie recevant la chose la rapporte honnêtement, l'affaire est réglée, ni la propriété, ni la possession n'ont passé. Mais si l'*accipiens* garde la chose, soit par ignorance, soit de mauvaise foi, l'autre partie est obligée de recourir aux moyens judiciaires.

Si l'adversaire a agi par ignorance, il est probable qu'une simple action civile, ou même la menace sera suffisante, mais s'il est de mauvaise foi et résiste, le demandeur va se trouver dans l'obligation de prouver l'absence des éléments nécessaires pour un transfert de la chose, ce qui peut être difficile en cas de tradition manuelle.

La mauvaise foi, avons-nous vu, est difficilement utilisable, la fraude et l'*animus furandi* beaucoup plus faciles à prouver; c'est ce qui explique la tendance anglaise à utiliser les voies pénales basées sur cette intention de priver le possesseur de la possession complète de sa chose.

Le *tradens* doit donc prouver deux choses : 1^o Que la propriété de la chose n'est pas passée à l'*accipiens*, faute de son consentement ou que s'il a entendu se séparer de la propriété et de la possession de la chose en même temps, elles ont été obtenues par fraude ou dol, et, que c'est le délit de l'obtention d'une chose par *false pretences* qui a été commis au lieu de celui du vol par ruse; 2^o il doit prouver l'intention de la partie adverse de s'approprier la chose *invito domino*.

La doctrine anglaise se divise en deux écoles, quant à la question de savoir quel droit est celui de la personne qui a reçu une chose par erreur. Pour les uns considérant la tendance du « Common Law » à favoriser les apparences surtout en cas du détenteur de bonne foi, l'acquéreur par erreur à la possession quoique en fait il n'y ait pas réellement consentement; pour d'autres il a la simple détention ou « *custodia* » du serviteur ou d'un hôte, et l'ancien possesseur retient la possession au moins civile.

Mais, dit cette école, pour savoir exactement quel est le droit acquis par lui il faut attendre de voir quels seront ses actes subséquents car d'eux dépend la preuve de son intention et de cette intention dépendra le droit qu'il aura acquis.

Cette théorie pousse certainement à l'extrême les conclusions de celle de Savigny; mais elle ne concorde pas très bien avec l'esprit du « Common Law » ni avec la règle qu'une possession acquise avec un certain caractère ne peut en changer ensuite par une simple intention, ainsi que le fait remarquer Sir F. Pollock. Et de plus, dit cet auteur, quelle chose étrange se produirait si, par exemple, une personne A..., dépossédait, sans le savoir, une autre, puis à son tour était dépossédée avant qu'elle ne sache que la chose reçue n'est pas celle qu'elle croyait?

Alors, en théorie, A. n'a aucun moyen de recours contre son dépossesseur puisqu'il n'a pas la possession; il en serait de même en cas de perte par A... Mais en pratique, on ne peut douter que A... sera mis sur le même pied que le *dejiciens*.

On ne doit pas oublier qu'en jurisprudence la possession *de facto* est suffisante pour donner droit aux moyens possessoires contre tout étranger (*Armory v. Delamare*.)

Alors, dit notre auteur, il faudra donc ranger ce cas dans la catégorie de ceux, où les moyens possessoires sont concédés par anomalie à des personnes qui n'ont pas la possession. Nous avons déjà vu que Sir F. Pollock classe le « bailor » parmi ces personnes, adoptant à ce sujet une théorie voisine de celle de Savigny, quoique renversée; le droit au moyen possessoire appartiendrait à une personne n'ayant pas la possession qui exercerait les droits afférents à la possession d'un autre et ceci, probablement, par raison historique ou commodité pratique.

Sir F. Pollock donne aussi comme exemple dans le cas actuel le fait de la personne qui demande 100 œufs et en reçoit 101, a-t-elle possession de 100 œufs et détention seulement du 101^e et duquel? Et si quelqu'un lui en dérobe un, qui a droit à poursuivre civilement ou pénalement?

Cette seconde théorie n'est donc pas admissible et il en propose une troisième un peu subtile mais qui, dit-il, évite les difficultés précédentes.

« A... acquiert la possession comme une personne qui prend la chose sans le consentement de l'ancien possesseur, mais avec justification de la loi, la possession sans consentement de l'ancien possesseur est « trespassory », mais excusable tant qu'elle est exercée de bonne foi. C'est-à-dire que B... ayant contribué à l'erreur est empêché par le droit de traiter A..., comme un *dejiens* à moins que A... en connaissance de cause et de propos délibéré, agisse de façon adverse au titre de B... En face des tiers, A... a tous les droits d'un possesseur; en face de B... le caractère ambigu de la possession de A... est défini pour le mieux ou le pire quand il découvre la vérité. S'il décide de détenir pour B... il est un « bailee » et sa possession est légitime; s'il décide de s'approprier la chose, sa possession est viciée et peut devenir délictuelle. Notre auteur pense que cette doctrine est la véritable; elle n'est pas plus subtile que celle du « trespass » *ab initio*, dit-il, et elle est plus conforme aux décisions en produisant moins d'inconvénients.

Le seul reproche qu'on puisse lui faire c'est justement de n'être qu'une extension très large de cette doctrine du « trespass » *ab initio* et par conséquent de faire d'une exception une règle générale. La règle du « Common Law » est que toute possession prise de bonne foi n'est pas « trespassory », la théorie de Sir F. Pollock détruit complètement cette règle ou même l'oublie.

Voyons les décisions judiciaires et ce que pense la jurisprudence.

Dans *Cundy v. Lindsay* c'était un cas de larcin par ruse, mais la condamnation fut pour « false pretences ».

Dans *Cartwright v. Green* il fut jugé qu'il n'y avait pas consentement et pas transfert de la chose, il s'agissait donc d'une prise de possession sans aucune apparence de remise par le propriétaire, donc viciée dès le début.

Dans *R. Ashwell* un souverain fut donné par erreur pour un shilling, le soir, et l'*accipiens* le dépensa pour lui-même,

dans leur l'opinion les quatorze juges furent très divisés : Pour Smith, Mathew Day, Wills, Mawisty, Field J.-J., « l'*accipiens* reçut la possession légitime et il semble la propriété si l'intention était de la lui passer » ;

2^o Pour Cave, Hawkins, Deman J.-J. « l'*accipiens* n'a reçu que la pure détention ; un homme n'a la possession que de ce qu'il connaît, il n'a pas possession de ce dont il ignore l'existence ». Pour Lord Coloridge C. J. Grove, Pollock, Huddleston J.-J., « il n'y a pas de réelle tradition et la possession, soit n'a pas changé de mains, soit a été acquise vicieuse. La règle des Cours d'appel étant *presumitur pro negante*, la condamnation, en raison de la divergence de vues de la Cour, fut confirmée. Cette décision n'apprend donc rien.

Dans *R. v. Middleton*. Un employé des Postes, sur la demande de l'accusé qui désirait retirer de l'argent de la Caisse d'Epargne postale en se trompant de référence, lui remit une somme plus forte que celle qui lui était réellement due, l'accusé savait parfaitement qu'il n'avait pas droit à une telle somme, mais il l'accepta.

Les juges furent d'accord, excepté quatre, qu'il y avait vol, mais ils différèrent quant à leurs raisons. Parmi les onze qui crurent à un vol, sept : Cockburn C. J., Blackburn ; Meller, Lush, Grove, Denny, Archibald J.-J., dirent que, même si l'employé était censé être dans la situation d'un propriétaire, la propriété ou la possession légale ne passait pas par une tradition apparente et que l'accusé était un « tresspasser ».

Trois autres juges : Bovill C. J., Keating J. Kelly C. B. dirent que l'employé n'avait pas l'autorisation suffisante pour payer cette somme et que la propriété ne pouvait passer par l'erreur ou l'exercice erroné d'une autorité supposée qui n'existait pas. Piggot B. dit qu'il n'y avait pas de tradition manuelle complète au prisonnier, mais seulement le fait de l'avoir placé à portée de sa main ; il était donc comme un inventeur malhonnête.

La minorité : Martin B. Branwell, B. Brett, J. Cleasey B., maintinrent qu'il n'y avait pas de « tresspass » mais une

réception par tradition, l'acte de l'employé étant de son emploi et compris dans l'étendue de l'autorité dévolue à l'employé et son consentement était réel quoique erroné. Trois juges sur quinze se basèrent sur le manque d'autorité de l'employé et il semble bien qu'il y avait autorité apparente suffisante (il en serait probablement autrement en cas d'un simple domestique).

Pour Sir F. Pollock il n'y eut pas transfert, parce que l'employé n'entendait pas transférer cette somme, mais une somme moindre et aussi qu'il n'entendait pas la transmettre si ce n'est à la personne y ayant droit. Il semble qu'ici le raisonnement de notre auteur ne soit pas concordant avec d'autres décisions comme *Philipps v. Brook* où il fut dit qu'un contrat *de facto* était valable.

Pour le reste : cette décision n'apprend rien que l'on ne sache déjà, ce sont toujours les mêmes théories : si la propriété ne passe pas, la détention reste illicite et si elle passe, l'intention de s'approprier la chose la rend illicite.

Mais rien ne nous aide à trancher la difficulté de la règle que le caractère de l'acquisition de la possession ne change pas ou ne devrait pas changer. Pour mieux dire (car en pratique c'est le résultat auquel on arrive), on en vient à accepter ce changement sous des prétextes plus ou moins subtils.

Deux autres décisions¹ sont citées pour soutenir la fameuse règle en question : *R. v-Mucklow* 1827 et *R. v. Davis* 1856 ou par erreur des lettres contenant des valeurs furent remises à d'autres personnes que leurs destinataires, soit par similitude de nom ou d'adresse; dans ces deux

1. De même que la décision *R. v. Holloway*, 1833, Atlesbury Assizes, où l'accusé fut poursuivi pour vol du fusil d'un garde-chasse du manoir de Beaconsfield; il y eut une lutte entre les deux hommes et le braconnier en se libérant prit le fusil du garde et s'enfuit avec; il fut prouvé que le jour suivant le braconnier avait dit qu'il voulait vendre le fusil et qu'ensuite on ne put le retrouver. Vaughan B. dit que si le braconnier avait pris le fusil, croyant que le garde voulait attenter à sa vie il n'y aurait pas eu de vol; mais qu'il se produirait un vol s'il l'avait pris avec l'intention d'en disposer. Le jury trouva que, au moment de la prise du fusil, l'accusé n'avait pas eu une telle intention et le juge ajouta : « s'il n'y a pas eu une telle intention, il ne peut y avoir un délit et sa décision subséquente d'en disposer ne le rendra pas tel ».

cas ce fut un acquittement basé sur l'absence d'une intention délictuelle.

Ces deux décisions sont antérieures à la précédente et marquent probablement la fin de l'application, stricte, de la vieille règle.

CHAPITRE IV

LA PROTECTION POSSESSOIRE

On ne trouve pas de théorie insulaire particulière quant à l'explication de la protection possessoire.

Les écrivains anglais ne font en général que citer les deux théories classiques, celle de Savigny, la théorie de la protection dans des buts de police et d'intérêt de paix et de bon ordre pour empêcher de se faire justice à soi-même ; et celle de Ihering, dans l'intérêt du propriétaire lui-même pour éviter la *probatio diabolica* des canonistes en fait, ils ne prennent parti ni pour l'une, ni pour l'autre, étant d'opinion qu'il y a là plutôt une question historique qu'autre chose. La possession étant reconnue une nécessité pratique dont on ne peut se passer. Les Anglais, qui sont peu enclins à philosopher sur des choses de ce genre, pensent que puisque la protection de la possession est maintenant un fait acquis, il est peu utile et sans intérêt de raisonner sur le pourquoi et le comment à son sujet.

Pollock semblerait s'appuyer sur la théorie de Ihering pour étayer sa propre idée de nécessité de protection de la possession par respect dû à la bonne foi. Idée qu'il ne propose qu'incidemment et qui vient sans doute des principes de l'Equity, basée sur l'honnêteté qui doit exister entre les rapports des hommes : celui qui a agi de bonne foi doit être protégé. Il pousse cette question de preuve de fait à l'extrême, admettant que la simple intention de posséder en propriétaire serait suffisante en droit pour faire admettre les actions possessoires, ce qui jusqu'à un certain point,

comme nous le verrons par la suite, est admis en droit anglais.

La jurisprudence n'a dit que très peu de chose sur la base théorique de la protection de la possession. Dans l'affaire *Roger c. Spence* T. M. d. W. 379 il est dit que c'est une extension de la protection que le droit jette autour de la personne et qu'en conséquence une action en « trespass quare clausum » ne passe pas à un « assignee in bankruptcy » (syndic de faillite).

Dans l'affaire *Webbers c. Fox* 7. T. R. 391 l'action de « trover » fut refusée au failli parce que ce serait, y fut-il dit, une invitation à la course pour la possession, et références furent faites aux raisons d'ordre public et de commodités commerciales et pratiques.

La première décision semblerait d'un côté faire de la possession un droit personnel dont la protection naturellement a un caractère pénal, ce qui serait une déduction logique du droit féodal, et d'autre part, elle pourrait ainsi se rattacher à la théorie plus générale de Savigny; opinion, qu'appuierait davantage la seconde décision; il faut bien souligner que ce ne sont là que des raisons de seconde zone pour renforcer les motifs de la décision même. On reste donc forcément un peu dans le vague.

§ I. — *Moyens de protection possessoire.*

Historique. — Dans l'ancien droit anglais la règle était *ubi remedium ubi jus*. Il était nécessaire pour intenter une action devant les Cours royales d'obtenir un « writ » de la chancellerie.

Au temps de Fitzherbert l'extension de ces formules aux nouveaux cas se présentant se faisait au moyen de fiction, suivant le « Statute of Westminster IIc. 24 (*in consumili casu*) qui annula à peu près les Provisions d'Oxford, limitant le nombre des « writs ».

C'est ainsi que se forma le « Common Law », par un régime formulaire fait de pièces et de morceaux très techniques dit Sir F. Pollock. On est donc obligé d'admettre

au moins une certaine influence canonique de par la chancellerie si ce n'est de reconnaître cette origine même aux débuts du droit anglais. D'autre part, il faut noter que pour Sir H. Maine, la base du droit relatif à la protection tant de la personne que des biens n'est pas le droit pénal, mais la partie du droit relative aux délits civils « wrongs ». Ce qui aurait pour résultats de rendre au droit pénal un caractère plus civil que public.

Il semble plus logique de reprendre la théorie admise par la généralité des auteurs (qui laissent de côté cette discussion de l'origine du droit pénal laquelle est hors de notre sujet), suivant laquelle l'objet des « proceedings » n'était pas de faire exécuter, de faire respecter un droit, maintenant conçu comme propriété, mais seulement de faire réparer un tort, ou un trouble à la possession physique. La « seisin » qui primitivement était seule connue, n'était pas seulement un droit, elle était d'abord un fait, définitivement reconnu légal, avec un statut légal, particulier, dû à cette reconnaissance. Il était par là, plus simple pour l'esprit médiéval, de comprendre la nécessité d'une défense conçue simplement comme moyen de réinstallation¹.

Il est difficile de savoir exactement si l'origine fut civile ou pénale, attendu qu'à ce moment, il n'y avait aucune distinction entre ces deux branches du droit, même à l'heure actuelle la discrimination n'est pas complètement faite en droit anglais.

Ce qui est sûr, c'est que les « torts ne pouvaient exister légalement que s'ils étaient spécifiés et que l'octroi d'une action était la reconnaissance d'un « tort »².

La base du vieux droit était la notion de « tort » pour lequel compensation est due. La plus ancienne forme de tort est « trespass » le « writ of trespass » fut introduit au XII^e siècle, basé sur une « breach of the peace » alléguée *vi et*

1. En même temps, le droit de punir et de décider le montant de l'amende ou d'ordonner la restitution de la chose passe définitivement au roi et à ses représentants les juges.

2. Même aujourd'hui on discute encore pour savoir si en droit anglais il y a un droit des « torts » ou un droit du « tort ».

armis, c'est un trouble fait sans droit ou une atteinte à la possession physique des meubles ou immeubles et même portée contre la personne; cette action ressemble un peu à l'interdit *unde vi*.

Par extension, apparut l'action « of trespass on the case » créée par la fiction qu'une rupture de contrat n'est pas un tort (« arising out of agreement but out of deceit ») causé par l'inexécution de la convention mais par le résultat d'une tromperie, d'un dol.

Il y avait encore l'action *de bonis asportatis* en cas de prise de meubles sans droit et « l'appel of larceny » en cas d'enlèvement de meubles, cette dernière tomba en désuétude au *xv^e* siècle.

Au *xiv^e* siècle fut introduite la doctrine du « trespass *ab initio* », par laquelle quoique la possession ait été acquise à l'origine légalement et légitimement, le « trespasser » par quelque acte subséquent commis à tort, rendait sa possession vicieuse, et ce rétroactivement, dès le début. Cette action ne couvrait pas les dommages dans le cas où le meuble serait rendu en mauvais état.

A cette époque on trouve encore les actions suivantes : l'action en « replevin » action créée pour permettre de reprendre sa chose et des dommages s'il y a lieu à celui qui a été saisi à tort. Une certaine extension lui fut aussi donnée au *xiv^e* siècle, et elle couvre la plupart des cas de détention de meubles sans droit.

L'action de « detinue » sert pour recouvrer un objet déterminé retenu sans droit. Elle se divise en deux classes « detinue sur bailment » quand le droit qu'elle protège avait son origine dans une transaction contractuelle; « detinue sur trover » quand il s'agissait d'une invention alléguée. L'action permettait de recouvrer l'objet ou son prix si le défendant l'avait transféré. Ses deux grands défauts étaient que la compurgation pouvait être exigée et, qu'elle ne faisait pas recouvrer de dommages en cas de détérioration de la chose.

L'action de « trover » et « conversion » où l'on alléguait que la chose avait été trouvée et convertie à son propre

usage par le défendant (Y. B. ED. 4. F. 13. PL. 9:). Par extension elle fut donnée en cas de destruction par le possesseur lui-même : perte par le « bailee » ou vente sans droit. En 1627 elle couvre tous les cas de « *dejectio* » sans droit, et tout tort causé aux meubles, ou violation de la possession des meubles, elle donne seulement droit au remboursement ; c'est une espèce d'« action on the case ».

L'action de « theft » ou « larceny », espèce particulière de « trespass » sur les meubles, qui, en raison de l'intention du délinquant, le rendait punissable pénalement.

Une série de lois entreprit les réformes nécessitées par cette procédure compliquée : « l'Uniformity of procès Act » de 1832 abolit les anomalies introduites par les fictions. Toutes les actions personnelles commencèrent par une forme commune de « writ ».

Le « Real property limitation Act » de 183 abolit toutes les actions réelles sauf celle du douaire.

Le « Common Law Procedure Act » de 1852 S. 60, substitua une seule forme de « writ » pour commencer les actions.

Enfin le « Judicature Act » de 1873 couronna et compléta cette réforme ; abolition des formes des actions, et fusion des deux systèmes de droit administrés par les mêmes juges.

Il n'y a donc plus de formes séparées d'actions, mais les anciens noms ont été conservés et les vieilles règles servent toujours de base aux actions modernes. Il est à peu près impossible de les comprendre, de s'y retrouver sans user des anciens termes et aussi des notions qu'ils comportent. Comme il a été dit : « Elles nous gouvernent encore de leur tombe », car l'existence, la nature, et l'étendue de la responsabilité sont basées sur elles.

En droit moderne, on trouve deux sortes de moyens de protection possessoires. Les moyens de défense privée, et les moyens de protection judiciaires.

1^o Le « self help » défense privée. Le possesseur a le droit d'user d'une force raisonnable pour défendre sa possession contre un intrus ; la possession actuelle est suffisante dans ce cas.

Sir F. Pollock se demande si pour employer la force, il est nécessaire, de justifier de sa possession de la chose, ou de son droit à la possession immédiate. Ceci n'a pas été jugé. Mais si la personne a droit à la possession elle peut employer la force non seulement en cas de « *wrongful taking* », ou *dejectio*, mais aussi en cas de détention sans droit, donc entre les mains d'un tiers innocent (*Blades v. Higgs* 1861).

Il est douteux que ce moyen puisse s'employer au cas de détention devenue vicieuse, quand la possession fut primitivement acquise légitimement, comme dans le cas d'un « bailee » refusant de rendre l'objet, mais il n'y a dans la décision citée aucune suggestion d'une telle limitation. Cependant la règle générale, qui défend de se faire justice à soi-même devrait le défendre.

Quant au degré de force permise, elle dépend des circonstances; en principe, elle doit être raisonnable, et l'on doit d'abord demander à l'intrus de se retirer avant de commencer. On ne peut employer d'armes ni causer de blessures graves pour défendre sa possession à moins que votre propre vie ne soit en danger (*R. v. Roberts*).

Si l'occupant d'une terre a pris et placé à tort sur sa terre une chose appartenant à un autre, il ne fait aucun doute que le maître de la chose a le droit d'entrer sur la terre du *dejectiens* et de reprendre son bien.

Mais le droit n'est pas très clair quand l'occupant n'est pas responsable de la présence de l'objet chez lui; par exemple : lorsqu'un locataire a laissé une chose en s'en allant, et que son successeur refuse de la rendre ou de le laisser entrer pour l'emporter.

Le Code suisse a une disposition spéciale prévoyant ce cas.

L'article 921 de ce même code prévoit qu'un empêchement temporaire de l'exercice de la possession ne l'interrompt pas. En droit français, la revendication serait possible.

En droit anglais, la possession n'est pas perdue, mais il paraît à peu près impossible de forcer la personne de

mauvais caractère à rendre la chose; pour ne rien risquer, elle n'a qu'à refuser l'entrée sur sa terre au maître de la chose sans lui dénier son droit sur la chose même.

Il y a des décisions au cas d'objets arrivant sur la terre d'autrui par :

1^o Accident, le possesseur a le droit d'aller le chercher (Case of thorns 1466 Y. B. 6. ED. IV. 7 pl. 18).

2^o Par acte délictueux d'un tiers ou de l'occupant Blackstone III 5. *id.*

Dans ces trois cas seulement on a un droit bien défini d'aller reprendre sa chose; accident, délit de l'occupant ou d'un tiers, mais pour les cas ne rentrant pas dans ces catégories, le droit est très peu fixé, et les tribunaux ne sont pas arrivés à donner une réponse claire et nette.

Dans l'affaire *Anthony v. Harry*, Tindal C. J. suggéra que dans le cas où l'occupant du sol refuse de livrer la chose ou de répondre au propriétaire, celui-ci pourrait entrer et reprendre sa chose sous condition de payer des dommages, si commis.

Mais dans *Wilde v. Water*, 1855 Maule J., dit : que si un locataire sortant laisse un tableau pendu au mur, le nouveau locataire peut refuser d'admettre le propriétaire du tableau chez lui ou de se donner la peine de le lui rendre; mais le tableau est encore le meuble de son propriétaire. La question appartiendrait au jury de décider si le simple refus comporte un exercice de *dominium* sur l'objet; mais s'il appert que l'occupant refuse simplement de se déran-ger, cela n'est pas suffisant pour donner une action de « trover » au propriétaire.

Ce *dictum* est confirmé dans l'affaire du *British Economical Lamp Cie v. Empire Mile End* 1913. Pourtant au sujet de cette dernière affaire Sir J. Salmond pense qu'il devrait y avoir lieu à une action en « trover » dans un pareil cas.

Le droit de « recapture » ou de reprise est éteint par la vente de la chose en « market-over », et en cas d'effets de commerce par un transfert à « un *bona fide* holder for value », dans ces cas la propriété est transférée de manière absolue.

Le Code suisse par l'article 926 reconnaît le droit de repousser par la force tout acte d'usurpation ou de trouble et le droit de reprendre la chose immédiatement en cas de, violence ou d'enlèvement clandestin; le possesseur doit s'abstenir de voies de fait non justifiées par les circonstances. Cet article dit « le possesseur », il faut probablement entendre le possesseur actuel et même le détenteur ou le serviteur logiquement d'après l'article 927 qui donne la réintégrande contre celui ayant un droit préférable.

Les articles 700 et 720 du Code espagnol permettent d'aller chercher chez autrui une chose vous appartenant, et même en cas de perte, il y a obligation de prévenir le propriétaire.

L'article 441 *c.* défend de se faire justice à soi-même, mais on peut quand même croire à une possibilité d'user de défense privée quand on est attaqué.

Le Code allemand reconnaît, lui aussi, le droit à la défense privée (A. 858 et 59 en cas de violence; et l'art. 860 C. all. donne le même droit au possesseur pour autrui).

L'article 867 permet d'aller reprendre sa chose chez autrui. Il comprend deux hypothèses : 1^o Le possesseur du fond a transporté sur son fond, le demandeur a alors les moyens donnés par l'article 858; 2^o La chose a été apportée par l'acte d'un tiers, si le possesseur du fond a pris possession de la chose, le demandeur a l'action en restitution de l'article 107 fondée sur une possession antérieure; s'il n'a pas pris possession, l'article 867 couvre ce cas mais exige l'accomplissement de deux conditions : une condition positive, la chose doit se trouver sur le fond, il importe peu que le pouvoir de fait soit perdu ou non suivant l'article 856; peu importe aussi, s'il s'agit d'un accident ou d'un fait involontaire. Une condition négative, il ne faut pas que la chose ait été l'objet d'une prise de possession, par le possesseur du fond ou par un tiers, entre l'arrivée de la chose sur le fond et la demande. L'action s'exerce contre le possesseur immédiat du fond. Elle appartient au possesseur immédiat de la chose, le possesseur médiat peut agir sous conditions de l'article 869 quand le possesseur immédiat n'agit pas ou refuse d'agir.

Moyens judiciaires. — Les vieux auteurs considéraient surtout la forme des actions, leur doctrine de la possession fut développée au moyen des diverses actions accordées en cas de « wrongs », de violations des droits possessoires dont elles déterminaient entièrement et principalement les conditions. *Uni remedium ubi jus*, tel était leur principe fondamental. D'après eux les moyens de protection possessoires sont : l'action de « trespass » contre toutes violations de la possession des meubles ou immeubles. L'action de « trover » contre tout acte ayant pour but de priver le possesseur de la possession de ses meubles. L'action de « theft » espèce de « trespass » sur les meubles, et dont l'intention rend le *dejiçiens* passible des peines criminelles.

§ 2. — *Trespass*

« Trover » protège le droit à la possession et « trespass » la possession actuelle, c'est là leur grande différence.

Tout possesseur actuel peut intenter l'action de « trespass », et, comme le contrôle de fait est *prima facie*, preuve en droit de la possession; tout possesseur a droit en face de tout le monde à maintenir « trespass », excepté contre celui qui a un droit préférable « *advertus extraneos vitiosa possessio prodesse solet* ». Mais si le possesseur peut user d'autres moyens, par exemple : s'il a en même temps droit à la possession, il a droit à « trover » mais cela ne l'empêche pas de maintenir « trespass », les actions ne s'annihilent pas l'une l'autre.

Un possesseur qui s'est séparé de la possession mais peut la reprendre à volonté a droit à « trespass » (bailment at will). Ce possesseur qui peut reprendre sa possession à volonté en cas de « bailment » sans terme et non associé à un « interest » (48 ED .III. 20. pl. 8) a cette action non seulement contre tout intrus mais même contre le « bailee ».

Cette généralité d'application de cette action a fait dire que le droit de poursuivre en « trespass » prouve la possession; à l'heure actuelle ceci n'est pas tout à fait

exact, Ainsi que nous l'avons vu, il est douteux dans certains cas, que le possesseur médiat puisse employer ce moyen, il serait réservé au possesseur immédiat :

On doit donc dire que le droit de poursuivre en « trespass » n'est pas toujours une condition suffisante, mais en est le test souvent nécessaire.

« Trespass » était le moyen accordé en cas de « forcible et directe injuries », c'est-à-dire de toute atteinte directe soit à la personne, soit aux meubles « forcible », ici veut dire toute intervention physique, même sans emploi de la force, sur la possession d'un autre; tendre un doigt vers une personne serait suffisant, même sans aucun contact, au contraire du droit romain, mais l'acte doit être fait sans droit.

« Trespass » doit être distingué du « trespass on the case » qui était une forme d'action supplémentaire pour toute injure n'étant pas un « trespass », c'est-à-dire indirecte, sans emploi de force, simplement conséquentielle. En « trespass » l'injure doit suivre immédiatement l'acte du défendant elle doit donc être partie de l'acte. Un exemple donné par Sir J. Salmond montre ce que l'on entend par là : un homme jette une bûche dans la rue, elle heurte quelqu'un, c'est un « trespass », un passant peu après vient à trébucher dessus et se fait mal; il y a « case ». Dans « trespass » le défendeur doit prouver qu'il n'a pas été négligent; dans « case » c'est le demandeur à qui incombe cette preuve. La négligence est suffisante en « trespass », il n'est pas nécessaire d'avoir une intention malhonnête. « Case » s'applique, qu'il y ait intention ou non puisqu'elle n'est donnée que pour les conséquences de l'acte du défendant. Au contraire, « trespass » donne droit à l'action sans preuve de création de dommages; suivant l'expression consacrée il est « actionnable per se ».

Il ne peut y avoir de « trespass » commis par une personne légalement en possession, par exemple : du fermier ou du « bailee » refusant de sortir ou de rendre la chose à fin de bail, le « trespass » ne peut être commis que contre une personne en possession actuelle. « Trespass » est essen-

tiellement une violation du droit de possession non du droit de propriété. La simple possession *de facto* même sans un titre est valable contre toute personne n'ayant pas de meilleur titre en cas d'immeubles. Un titre même « legal », mais sans la possession ni droit à la possession de la terre n'est pas suffisant. Ces règles sont considérées applicables en cas de meubles.

De la notion de « trespass » doit être rapprochée l'injure de « Wrongful damages » ou dommages faits sans droit à une chose mobilière. Cette injure consiste en un acte fait sans justification légale, par lequel un dommage matériel est causé à la chose ; elle peut être intentionnelle ou simplement faite par négligence, et l'action peut être intentée dans certains cas de responsabilité absolue, sans intention ni négligence. Cette injure, qui est si proche du « trespass », en est pourtant distincte et peut coïncider avec lui, il peut y avoir quelquefois « trespass » sans dommages matériels, ou « wrongful damages » sans « trespass », par exemple lorsqu'un « bailee » commet un dommage par négligence ou volontairement sur la chose qu'il détient en gage ou en dépôt, ou encore en cas de dommages commis accidentellement ou par négligence de surveillance par des animaux.

Le délit civil de « trespass » sur les meubles par opposition avec le précédent consiste en la commission sans justification légale d'un acte quelconque d'intervention physique directe à l'égard d'un meuble en possession d'une autre personne : par exemple, emporter la chose ou l'endommager volontairement. Le contact physique avec la chose n'est pas nécessaire, effrayer un cheval serait suffisant, ou donner de la viande empoisonnée à un chien.

« Trespass » peut coïncider partiellement avec le délit de « conversion » : un « trespass » volontaire causant la perte de la chose est aussi une « conversion » mais l'un peut exister sans l'autre et *vice versa*. Le simple transport d'une chose d'un endroit à un autre sans infliction de dommages et sans autorisation expresse ou tacite (avec l'exception en cas de préservation) est un « trespass » mais non une « conversion » (par ex. : l'affaire *Fouldes v.*

Willoughby, où un passeur refusa sans droit de transporter les chevaux du plaignant et sans son autorisation les fit sortir de son bac. Il n'y eut pas de « conversion » mais un « trespass » fut commis).

En cas de meubles, Sir J. Salmond pense que probablement « trespass » est « actionable per se », c'est-à-dire sans dommages réels causés suivant la règle pour les immeubles, quoiqu'il n'y ait pas de décision à ce sujet.

Quant aux droits incorporels qui sont susceptibles d'une jouissance exclusive; l'exercice de fait de ces droits équivaut à la possession; ils sont donc protégés par les mêmes moyens que la possession. Comme il a été vu, ces droits peuvent plutôt être rangés dans la catégorie des droits immobiliers. Les droits possédés en commun ne comportant pas une jouissance exclusive ne donnent pas droit à cette action entre copossesseurs à moins d'expulsion complète « ouster » ou de destruction de la chose possédée en commun.

Il y a deux catégories spéciales de « trespass » :

1° « Trespass by relation » celui qui a droit à la possession immédiate d'une terre et entre sur cette terre en exercice de ce droit est alors censé par fiction légale avoir été en possession depuis le moment de la création de son droit. Il peut donc poursuivre pour n'importe quel « trespass » commis entre son entrée et le moment de la naissance de son droit. C'est une sorte de « trespass » rétroactif; pour l'exercer l'entrée en possession est nécessaire (Blackstone 210. III « avant l'entrée et l'acquisition de la possession actuelle on ne peut maintenir « trespass » quoique l'on ait « freehold in law ». Il faut donc avoir acquis la possession même si elle a été perdue ensuite et recouvrée).

Ce « Trespass » rétroactif se produit aussi quand une personne est décédée et que ses exécuteurs ou administrateurs peuvent agir dans les mêmes conditions. Cette règle est une exception à la maxime, *actio moritur cum persona*, mais elle fut introduite par une disposition législative.

Ces deux règles s'appliquent aux meubles aussi.

2° « Trespass *ab initio* ». Celui qui entre sur la terre

d'autrui par autorisation de la loi et se rend ensuite coupable d'un abus de ce droit en commettant un « tort » de malversation contre cette autre personne est censé être entré sans autorisation et est responsable comme « trespasser *ab initio* » pour l'entrée elle-même et pour tout fait subséquent, commis par lui sur cette terre, qui ne peut être justifié par une entrée légale.

La protection de cette règle s'étend aux meubles et aussi aux personnes, dans tous les cas où un acte a été fait par autorisation de la loi et où cette autorisation cesse pour une raison ou une autre, en cas d'abus généralement. La décision fondamentale est celle des « Six Carpenters, case 1610¹ » rapportée par Coke : « Quand un droit d'entrée, une autorisation ou licence est donnée à quelqu'un par la loi et qu'il en abuse, il devient « trespasser *ab initio* ». La loi donne l'autorisation d'entrer dans une auberge, une taverne au landlord de « distrain for rent »; au propriétaire d'un terrain de « distrain damage feasant », au « reversionary », d'entrer pour voir si des « wastes » (dégâts) ont été faits, « au commoner » d'entrer pour voir si son bétail, etc. Mais si celui qui entre dans l'auberge commet un « trespass » ou emporte quelque chose, ou si le lord, ou le propriétaire saisissant font travailler ou tuer l'animal saisi, ou si le communiste coupe un arbre, etc., dans tous ces cas la loi adjuge que celui qui entre, entra dans ce but parce que son acte démontre que c'est un « trespass; » il sera « trespasser *ab initio* ». De même si un « purveyor » prend son bétail par force d'une commission pour la maison du roi. Ceci est légal, mais s'il le vend au marché alors la prise de possession originaire est sans droit. »

Le règle était primitivement de procédure permettant l'action soit pour le premier acte ou bien pour le deuxième mais le résultat maintenant est que le demandeur recouvre des dommages pour la série d'actes et non seulement pour la partie illégale.

1. Les six charpentiers entrèrent dans une auberge où ils se firent servir de la bière et du pain qu'ils ne payèrent pas.

Cette règle gênante a été abolie dans certains cas de saisie pour loyers « Distress for rents act 1737 II Geo II c. 19 ».

La règle a aussi ses limitations propres, elle ne s'applique qu'à une autorisation donnée par la loi non à celle donnée d'une façon privée par la partie adverse ; et seulement en cas de malfaisance et non d'omission¹.

Quant à la réparation que peut obtenir la personne lésée, la règle est assez compliquée. Quand la chose, objet du « trespass » faisait partie intégrante de la terre et que la séparation l'a fait meuble en cas de séparation sans droit, le demandeur peut demander soit la valeur de la diminution de valeur de la terre soit celle du meuble séparé car il y a deux moyens à sa disposition : « trespass » pour l'immeuble ou « conversion » pour le meuble.

Les autorités pour le « trespass » *ab initio* ou « continuing trespass » sont : 1807 *Winterbourne v. Morgan* ; *Ladd v. Thomas* 1840 ; *Evans v. Elliot* 1836, *Ash v. Dawnay* 1852. Dans ce dernier cas il y a quelques ambiguïtés quant à la possibilité de la formation d'un *animus furandi* durant la possession acquise par un « trespass » innocent, rendant celui-ci équivalent à un vol, sans qu'il y ait commission de quelque acte délictuel d'appropriation (fait sans droit ou fait à tort)².

Mais si en théorie, il semble qu'il peut en être ainsi, en fait, comme l'*animus furandi* ne peut être prouvé que par la commission de quelques actes subséquents d'appropriation malhonnête, cette question reste forcément dans le domaine théorique ; en pratique la question ne se pose pas.

Du « trespass » *ab initio* il faut rapprocher la prise de possession par autorité de la loi (distincte du transfert de possession par la loi sans prise de possession) par un « sheriff » par exemple : cette prise de possession est un « trespass », un « trespass justified », un « trespass » justifié par cette autorité, cette règle légale qui le permet ; mais

1. Les 6 charpentiers n'avaient pas payé le pain et la bière consommés dans l'auberge où ils étaient entrés. Ils ne furent donc pas condamnés.

2. L'« innocent trespass » est typiquement anglais, ce peut être n'importe quel geste fait sans aucune malice.

cela ne l'empêche pas d'être un « trespass » continu et aussitôt que cette autorité cesse d'agir il reste un « trespass » du commencement à la fin avec pour résultat de rendre ou plutôt de laisser la possession ainsi acquise, vicieuse dès le début; par la survenance d'un *animus furandi* simultané ou postérieur elle devient alors un vol.

Il est à remarquer que Sir F. Pollok a l'air de dire à ce sujet que si la possession continue après que l'autorité a cessé, mais sans abus de celle-ci, de ce moment-là, le possesseur par autorité de la loi devient un « trespasser », il ferait donc par là une différence entre les deux cas; abus d'autorité et continuation de possession après cessation de l'autorité. Cela paraît un peu dur pour le « sheriff » qui peut fort bien être innocent; mais comme on le sait, le droit anglais n'est pas tendre quand il s'agit de la protection des personnes ou des biens.

La doctrine du « trespass *ab initio* » ne s'applique pas en cas d'autorisation ni de consentements privés pas plus qu'en cas de « bailment ». Dans ce dernier cas il faut faire une distinction, quant à la création du contrat de « bailment ».

Si le « bailment » est obtenu par fraude ou dol avec seulement intention d'en abuser, il n'y a pas d'autorité et l'acte de prise de possession est vicié même il peut y avoir dol s'il n'y a pas intention de rendre. En fait le contrat est soit nul, soit annulable.

D'autre part le « bailee », quoique ayant reçu la chose sans intention d'abuser, peut à un moment donné commettre un acte contraire à son contrat de « bailment » et en opposition avec le droit du « bailor », ce qui a pour résultat de rompre le « bailment »; en cas de destruction matérielle ou juridique de la chose, par exemple, la possession du « bailee » devient vicieuse (trespassory) et il est responsable, civilement.

Une place à part doit être faite à un cas de « trespass : » « trespass » en cas d'invention, parce qu'il montre bien le

mécanisme intérieur du droit anglais dans son application ; de règles qui peuvent paraître un peu décousues et illogiques mais en fait sont toujours pratiques et toujours établies en vue du but à atteindre.

M. Wright dit du « Trespass » en cas d'invention¹ : « Si une chose a été finalement perdue et qu'il y ait impossibilité pour l'ancien possesseur de la retrouver, l'inventeur qui la ramasse avec intention de la garder pour l'ancien possesseur n'est pas un « trespasser » et ne le deviendra que si ensuite il se l'approprie ; mais s'il la prend avec intention de se l'approprier dès le premier moment alors il est civilement un « trespasser » *dejiciens* car le consentement du possesseur ne peut être inféré et s'il s'approprie ensuite la chose après connaissance de l'existence de l'ancien possesseur il y aura vol ». Ce passage cité de l'ouvrage de M. Wright ne peut être compris que si l'on se rappelle qu'il croit que le droit général de la possession ce que nous appellerions le droit de propriété ne peut se perdre même par abandon ; et que la prescription ou ce qui lui en tient lieu en Angleterre n'est pas acquisitive, elle éteint seulement le droit à agir.

La question de savoir s'il y a « trespass » ou non dans les cas d'invention dépendra des circonstances au moment de celle-ci et aussi des événements qui seront postérieurs ; chaque cas devra donc être jugé séparément (v. *supra*). En général si la chose est trouvée avec un indice permettant de connaître le possesseur, l'inventeur commet un « trespass » à moins qu'il ne prenne la chose comme « bailee » (*in charity*) ; et s'il n'y a pas d'indice au moment de l'invention mais qu'il s'en produise ensuite ou que le possesseur soit retrouvé alors il y a « trespass » ou même vol, si une intention de garder¹ la chose peut être déduite des circonstances environnantes².

1. *Possession and Trespass*, part. III, § 13.

2. Il est intéressant de voir quelques décisions judiciaires : à ce sujet, une déjà citée, le *Riley's case*.

D'après les jugements de cette décision, le « trespass » ne nécessite pas la connaissance, dès le début, que l'on commet un « trespass », mais il faut un acte volontaire. La possession ainsi acquise, par les principes généraux du droit (non par les raisons spéciales limitées au cas d'erreur) était un « tres-

Tous les raisonnements suivis dans les décisions fon-

pass » continu et la survenance d'un *animus furandi* le rendit un vol. Ce raisonnement paraît un peu spécieux mais enfin le résultat était juste. On touche ici du doigt le défaut des droits basés sur les espèces « Case Law » il faut par le manque de principes généraux quelquefois aller chercher des raisons fort loin pour expliquer une solution qui s'impose d'elle-même. Une règle aussi simple et claire que celle de la vente de la chose d'autrui est nulle aurait évité tout ce circuit. Il est vrai que les autres systèmes ont d'autres défauts qui valent bien ceux-là.

Dans l'affaire Ashwell, plus récente, un homme reçut le soir ce qu'il crut ainsi que le *tradens* être un shilling et qui en fait était un souverain, il se l'appropriä, quand il découvrit sa valeur. Sir F. Pollock, suivant la décision précédente propose de voir ici une réception volontaire de la pièce et par là un changement de possession mais, non par tradition car il n'y avait pas une connaissance suffisante pour créer un consentement au changement ni de la possession ni de la propriété ni du droit à la possession. Donc un « taking », *dejectio*, qui fut innocent mais vicieux : « trespassory » comme dans le Riley's case et l'*animus furandi* survenant en tout cas au moment de l'appropriation en fit un vol. Et même, ajoute notre auteur, en admettant que ce cas pût être assimilé à une invention avec indice permettant de retrouver le propriétaire avec appropriation subséquente de mauvaise foi, c'est aussi un vol suivant le jugement de la Cour de l'Echiquier avec l'assentiment de Tindal C. J. dans *Merry v. Green* parce que l'accusé forma l'intention malhonnête de s'approprier la chose dès la découverte.

Le doute principal quant à l'affaire Ashwell semble être de savoir si la doctrine établie dans l'affaire Riley s'applique là où il y a en fait une tradition matérielle. M. Wright pense qu'elle s'applique dans tous les cas où le consentement au changement de la possession est absent; et que là où le consentement est absent la seule question est de savoir si en droit il y a eu changement de possession et à quel moment il l'a eu lieu; ce à quoi aucune réponse ferme n'a été donnée, puisque les juges quoique d'accord sur les sentences, ont varié sur le fondement à leur donner.

Voici les exemples donnés par M. Wright pour illustrer sa théorie. Un homme rentre chez lui le soir et trouve dans sa poche un souverain en trop; sa possession est-elle « trespassory »? Pour répondre, un peu plus d'information est nécessaire. Si quelqu'un le lui a mis dans sa poche de propos délibéré ou par inadvertance ou par erreur pour quelque chose d'autre, il n'y a aucun élément de prise de possession avant découverte de la chose. Probablement en droit la possession de l'ancien possesseur continue jusqu'à ce moment, comme pour une chose perdue dans la rue jusqu'à ce qu'un inventeur en assume la possession avec ou sans croyance à une possession sienne.

Si d'autre part la personne prend la chose innocemment, ici une distinction s'impose. Si elle la prend involontairement, par exemple en la balayant avec son coude du comptoir d'un café dans sa poche, on comprend que c'est le même cas que le précédent et qu'il n'y a pas changement de possession jusqu'à ce qu'il ait connaissance de l'existence de la chose et qu'il en assume la possession; 2° s'il prend la chose volontairement la supposant être une de ses pièces ou être un shilling pour un souverain, alors la règle du Riley's case s'applique, de même quand on lui donne 5 pièces pour 6 ou quand on le prend pour une autre personne qui aurait droit à la chose. Et ceci d'autant plus qu'un élément essentiel au changement de possession par tradition : le consentement à ce transfert, manque par cause d'erreur.

La réception volontaire sans droit est un « taking » *dejectio* et est « trespassory » dès l'abord, d'après M. Wright. Cette opinion fut suivie par certains juges dans l'affaire Middleton, déjà citée.

dant cette règle, (affaires Riley¹, Ashwell, Middleton, etc.), sont très compliqués et très difficiles à suivre pour la raison qu'ils cherchent à concilier et à faire dépendre les uns des autres des cas appartenant les uns à la sphère des obligations et d'autres relatifs aux droits réels; autrement dit c'est le manque d'une théorie distincte des obligations en droit anglais qui est la cause de toutes les difficultés. Qu'y a-t-il de commun entre le cas du cerceux qui le soir en partant prend un parapluie autre que le sien en raison de l'état plus ou moins embrumé de sa cervelle et celui d'une personne qui entendant acheter un parapluie de 30 francs en reçoit un par erreur valant 300 francs? Ce dernier cas est clairement un cas d'erreur sur l'objet viciant le contrat de vente. Quant au cerceux probablement il n'aura jamais eu l'idée de s'approprier la chose et la renverra à son propriétaire dès que ses idées se seront éclaircies, dans son cas, il n'y a ni contrat ni prise de possession volontaire; en droit anglais il pourrait se trouver avoir à faire face à une action en « trespass » rien que pour le fait d'avoir emporté ce malencontreux parapluie, même s'il le rend.

C'est là le côté pénal de ce Droit où toute atteinte est encore considérée comme une injure, un délit; et où les délits civils et les délits publics ne sont pas encore complètement différenciés. Ce qui est prouvé, non seulement par cette action de « trespass » donnée même sans dommages causés, simplement pour satisfaire un amour-propre blessé, mais aussi par la mesure des dommages et intérêts octroyés qui ne sont pas toujours la mesure des dégâts causés mais peuvent comprendre aussi une somme qui représente une sorte d'amende (dommages exemplaires).

1. L'affaire Riley malgré toutes ses explications cherchées après coup n'est peut-être qu'une application du cas donné par Pomponius et rapporté par Ulpien D. 41.1.1.44. Ensuite il se peut qu'il y eût un mélange des règles de l'acquisition par tradition où la *causa* est l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir manifestée d'ordinaire dans des faits concrets qui concordent normalement avec eux mais qui cependant, produira un effet sans lui s'il fait défaut; et la cause *possessiois* nécessaire pour l'*usucapio* qui est un événement distinct du fait matériel de remise de la chose et qui fait considérer la prise de possession en vue de la propriété comme justifiée.

Sans oublier non plus la règle qui empêche de pouvoir poursuivre au civil pour recouvrer sa chose dans un cas où une offense criminelle a été commise, avant que le délinquant n'ait été condamné (*Selwyn's case*). Ainsi que celle qui veut que les choses sur lesquelles on ne peut commettre ni « trespass » ni vol sont les choses qui n'ont pas ou ne peuvent pas avoir de possesseur.

Qui peut poursuivre en « trespass ». — Il a été vu que la condition fondamentale qui donne droit à cette action, est la possession. *A priori* tout possesseur doit l'avoir. La seule question épineuse est de savoir contre qui il peut intenter cette action.

D'après *Armory et Delamaria* il est certain qu'il a cette action contre tout étranger ou intrus, quelque précaire que puisse être sa possession; il aura même les autres actions possessoires contre lui. Même un intrus avec la possession actuelle a l'action de « trespass » contre une personne sans titre : *Woods v. Newton* 1727 et *Blads v. Higgs*.

Il nous reste donc à considérer la situation où se trouvent les différents possesseurs pour savoir contre qui ils ont les actions possessoires.

Quand le « sheriff » saisit des meubles il obtient la possession légitime. Tant que dure cette possession légitime c'est lui qui peut intenter l'action de « trespass » et aussi les autres actions.

En cas de « distress » (saisie par le propriétaire pour loyer ou fermages) le propriétaire quoique privé de l'usage et de la *custodia* de ses meubles en retient la possession, c'est à lui qu'incombe d'intenter l'action de « trespass ». On peut se demander ce qui se produit lorsque le saisissant garde les meubles, même si l'effet de la saisie est terminé. A ce sujet Sir F. Pollock a une expression très ambiguë. « Il est douteux » dit-il, « que la doctrine suivant laquelle le « detaining » des meubles, après que la justification pour le saisissant a cessé, équivaut à une nouvelle prise de la chose, ne soit pas contraire aux vieilles autorités, dans le cas d'exécution aussi bien que dans celui de « distress »¹.

Faudrait-il en conclure que le droit d'agir reste quand

1. *Op. déjà cité même partie.*

même dans ce cas, entre les mains du « sheriff? » Cela paraît difficile à admettre en théorie; en pratique peut-être cela vaut-il mieux.

Pour le serviteur la situation paraît très claire; en principe il n'a pas droit à l'action, sauf dans les cas extraordinaires que nous avons déjà vus.

Si la chose est prise à un serviteur, c'est le maître qui a l'action; la chose est censée prise, enlevée de sa possession. C'est une exception à la règle qu'en principe, la personne qui est *de facto*, en possession ou a l'apparente possession de la chose, a tous les moyens possessoires contre les étrangers.

Le cas du propriétaire qui n'est plus en possession, soit parce qu'il l'a remise volontairement à un autre, soit qu'il en ait été privé de toute autre façon, est plus compliqué.

Si la chose lui est enlevée sans sa permission, le propriétaire peut agir par « trover » ou « trespass *de bonis asportatis* » et, s'il y a un *animus furandi*, par l'action de vol.

Si le propriétaire a remis sa possession à un autre mais avec possibilité de la reprendre quand il voudra, les textes sont en sa faveur. C'est ainsi que les auteurs reconnaissent que très tôt l'action de « trespass » a été permise non seulement à celui qui a la possession actuelle et qui est troublé mais aussi à la personne qui peut reprendre la possession à volonté.

Un « lessor at will » (19 Henr. VI 45 pl. 94) ou un « bailor » là ou le « bailment » n'est pas à terme ou non uni à un « intérêt » (*Manders v. William* 1849 Parke B) a toujours pu maintenir « trespass » contre un « wrongdoer » intrus, aussi bien que le « lessee » ou le « bailee ».

En cas de meubles, il en est de même pour l'action de « trover »; le « bailee » a en vertu de sa possession un droit à posséder contre tous, excepté contre le « bailor ». Ils ont ainsi donc tous deux les actions concurremment contre les tiers.

Si le propriétaire s'est séparé entièrement de sa possession à terme, en principe il ne devrait pas avoir droit à l'action de « Trespass ». Mais il lui reste le « right to possess »

et c'est pourquoi dans quelques cas, le propriétaire d'une chose, qui n'en a jamais eu la possession ou s'en est séparé, a néanmoins, en vertu de son droit à posséder la chose, le droit de poursuivre un étranger qui prend la chose, civilement et pénalement, c'est ainsi que dans quelques décisions et des « textes books » Wms S. 47. b. il est dit qu'une personne ayant le droit à posséder une chose, quoique n'ayant pas la possession actuelle, peut maintenir « trespass », de même qu'elle peut certainement user de « trover » et « detinue » dans les mêmes conditions contre un étranger.

Cette règle qu'un possesseur en droit peut user de l'action de « trespass » ne doit être entendue probablement que comme ne s'appliquant qu'à certains cas spéciaux : entre autres quand l'acte du tiers met le preneur immédiat dans la situation de perdre son droit sur la chose.

Si l'on comprenait autrement cette règle il faudrait admettre que le vrai fondement de l'action de « trespass » repose sur le trouble au droit à posséder. Ce fondement donné au droit d'agir du propriétaire expliquerait sans doute que l'on ait pu dire : que le propriétaire peut intenter l'action de « trespass » pour injure à la propriété de sa chose, qu'il soit en possession ou non mais alors le possesseur temporaire ne pourrait poursuivre que pour trouble à sa possession propre et pour les dommages ainsi supportés¹,

1. Il semble difficile de voir comment il peut y avoir un trouble, une injure matérielle et immédiate *vi et armis*, à un simple droit « legal » droit abstrait seul droit restant au possesseur médiat, et il y a quelques parties du droit relatif au vol et au « trespass » qui sont inexplicables d'après cette théorie. C'est pourquoi Sir F. Pollock refuse de reconnaître au possesseur médiat l'action de « trespass » et allant même plus loin il propose dans le cas de « bailment » sans terme de, ne voir tout simplement qu'un droit appartenant à une personne de poursuivre pour « trespass » fait à la possession d'une autre. Ce droit existerait toutes les fois que la personne dont la possession actuelle est troublée détient soit comme serviteur, agent ou « bailee » par un « bailment » révocable ou sous les ordres de cette personne ou dans le nom de la personne, ayant le droit à posséder. Il n'existerait pas aux fins de « trespass » et « theft » en contraste avec « trover » et « detinue » quand la personne, dont la possession est violée, n'était d'aucune façon un délégué ou un représentant de celui qui avait le droit à la possession ni quand la chose n'était en la possession de personne. La règle, qui appuie le plus fortement la théorie proposée par Pollock est l'incapacité d'un propriétaire à maintenir « trespass » ou « theft » contre un tiers, prenant par tradition d'un second qui a acquis

alors que l'on sait que le possesseur immédiat à terme a toutes les actions possessives en vertu du caractère de son droit (caractère qui ne s'explique qu'historiquement).

Les exceptions reconnues à la règle : que pour intenter « trespass » le demandeur doit avoir la possession au moment du trouble, sont au nombre de quatre :

1^o Le « bailor » qui a droit à la possession immédiate a l'action de « trespass » (bailment at will) contre un tiers et contre le « bailee ». *White v. Moore* 1852.

2^o Le « trustee » hors de possession a « trespass » contre les tiers, en raison de son droit à la possession immédiate *Barker v. Fullong* 1891.

3^o L'exécuteur ou administrateur a « trespass » pour atteinte aux meubles du *de cuius* après sa mort comme avant « grant of probate » ou les « letters of administration » son titre remonte au moment du trouble commis. *Tharpe v. Stallwood*.

4^o Le propriétaire d'une franchise lui donnant droit à certaines choses a l'action de « trespass » pour atteintes contre ces choses mêmes ; avant qu'il ne les ait saisies. Ici, il s'agit de droit de chasse ou de « treasure trove » etc...

Si le « trespass » cause un dommage permanent, le propriétaire « reversionary » ou la personne ayant un « non possessory interest » a droit à l'action pour la perte à lui, causée. Aujourd'hui le moyen est « trespass » quoique autrefois c'était « case ».

la possession par « trespass » contre le propriétaire (règle fondamentale du « Law of receiving »).

Si un simple trouble au droit à posséder était suffisant pour « trespass » et « theft » il est difficile de comprendre pourquoi une « conversion » par un « bailee » ou un « embezzlement » par un serviteur, n'aurait pas été un « trespass » ou « theft ». La substance même d'une conversion étant la *dejectio* du droit de posséder et si elle était suffisante l'action de « trover » n'aurait pas eu besoin d'être inventée et « detain » serait devenue superflue.

Maintenant on peut se demander si Sir F. Pollock ne confondrait pas ici la théorie moderne de la possession et ses distinctions entre possession *de facto* droit à posséder, etc., avec la théorie ancienne ou tout cela n'existait pas ; où existaient seulement, des moyens créés au fur et à mesure des besoins ; la théorie vint ensuite et maintenant on essaye de faire cadrer avec une règle des exceptions qui n'en sont pas, n'étant que le reste d'un ancien état de chose. Ce qui le prouverait ce sont les cas contraires qu'il cite lui-même : droit de poursuivre des exécuteurs et administrateurs en « trover » et « trespass », etc.

Quelques auteurs dont Sir J. Salmond pensent que le droit à la possession entraîne avec soi le droit à l'action de « trespass ». Il semble en effet être un peu inutile et même oiseux de discuter sur la possibilité d'intenter cette action, attendu qu'aujourd'hui il n'y a plus de formes d'action et de plus comme en cas de dommages réels il y aura le plus souvent « conversion » en même temps que « trespass » on peut penser que certainement le possesseur immédiat ne sera pas laissé sans défense.

Le seul cas restant douteux serait celui d'un « trespass » commis sans dommages réels, cas offrant peu d'intérêt.

La mesure des dommages est la valeur de la chose s'il y a privation complète, ou la valeur de l'« interest » dans la chose.

Il est des cas particuliers qui ne rentrent dans aucune des règles déjà données. On peut ainsi se demander quel serait le cas du tiers recevant la chose d'un *dejiciens*, est-ce un « trespass » ? Sir F. Pollock pense que la possession de l'ancien possesseur a déjà cessé d'exister; il semble ainsi que la possession n'est pas « trespassory » même civilement.

Si le tiers avait connaissance du premier « trespass » et consentait au « trespass » du premier intrus, il se rendrait civilement responsable *Yorke v-Greenaugh* 1703 » et detinue ou trover » existerait contre le tiers Y. B. 13. Ed. IV p. 3. Criminellement il est prouvé par l'existence distincte du crime de « receiving » que l'intention ne le rendrait pas coupable de « trespass ».

Il semble aussi qu'un troisième *dejiciens*, prenant la chose à un deuxième *dejiciens*, ne devient pas par là « trespasser » envers l'ancien possesseur et ne peut par une appropriation subséquente sans droit, être coupable de vol envers lui. Il y a une seule autorité opposée à cette opinion, c'est celle de la Gould J. dans l'affaire *Wilkins* 1789. « C'est une règle, dit ce juge, très connue et bien établie que la possession du véritable propriétaire ne peut être enlevée (devested) par une prise de possession sans droit (tortious taking) et, si une personne prend la chose illégitimement et une deuxième la prend de celui-ci, je peux, si les choses

ont été prises délictuellement, poursuivre la personne pour vol et dire dans l' « indictment » que la chose est mienne, parce que ces actes de vol ne changent pas la possession du propriétaire. » Sir Pollok fait les remarques suivantes sur cette décision.

« 1^o C'est un *dictum* non nécessaire à la décision qui était le cas d'un vol, par tromperie, d'une chose remise aux mains d'un serviteur.

» 2^o Aucune autorité n'est citée pour étayer cette opinion.

» 3^o Cela semble être simplement une généralisation d'une exception qui est mentionnée par Hale.

» 4^o Ce cas s'est produit au moment où l'attention commençait à se diriger vers les effets des fraudes sur l'obtention d'un « baillement »; on commençait à dire que l'*animus furandi* en faisait un vol et que la fraude empêchait la dépossession du possesseur; maintenant c'est un « trespass ».

Sir F. Pollock pense (avec l'exception donnée par Hale) que l'autre opinion suivant laquelle il n'y a pas « trespass » est toujours bonne au moins au criminel; et qu'il ne peut en être autrement à cause des conceptions légales du « trespass » et de la possession, car par hypothèse, le possesseur originaire n'a plus la possession et, ce serait une forte fiction que de vouloir lui donner le droit de défendre la possession d'un autre.

Nous pensons qu'il ne faut prendre cette opinion de Sir F. Pollock qu'avec beaucoup de réserves; nous avons déjà vu qu'il est d'intérêt que la possession du premier possesseur ait cessé et nous verrons avec l'étude des règles de prescription, qu'en fait, il est difficile de déterminer quand une personne dépossédée a perdu le droit d'agir, et en outre que la jurisprudence tend à le lui conserver, le plus possible.

Quand une chose a été achetée et que quelqu'un la détient pour l'acheteur, que ce soit le vendeur ou un tiers, c'est un « bailee » et l'acheteur a le droit à posséder; il peut donc poursuivre un étranger qui enlève la chose au « bailee » (Remmant's case 1807). (De même Hale.)

La doctrine du « Common Law » fut abrogée par le « statute » contre les « bailees » frauduleux qui sont maintenant responsables, même si le « bailor » n'a jamais eu la possession.

Enfin un dernier cas est à citer en cette matière :

En cas de « distress for rent » le lord pourrait être un « trespasser », si le tenant faisait des offres avant l'« impounding », avant que le bétail ne soit emmené et s'il usait du bétail ou le tuait, etc.

Mais le lord n'obtient pas possession des choses il ne peut donc maintenir « trespass » ni « trover » contre un étranger.

§ 3. — *Action de trover.*

En « Common Law » c'est l'action de « trover » qui sert de défense au délit civil de conversion : Le délit de conversion est celui qui est commis lorsque le défendeur convertit à son propre usage ou prive à tort, sans droit, le demandeur, de l'usage et de la possession de ses meubles, nous disent les textes. (Procédure acte 1852 16 et 16 Vin 76 s. 46).

Sir J. Salmond de son côté le définit de cette manière : « Le délit de conversion consiste en un acte d'intervention volontaire sur un objet mobilier, fait sans justification légale, par lequel une personne est privée de l'usage de possession de ladite chose¹ ».

Il y a trois modes de conversions.

Trois façons de priver un autre de sa chose, de se rendre coupable du délit de conversion et de se voir opposer l'action de « trover ».

1^o Prise de la chose « wrongly » sans droit.

2^o Détention de la chose sans droit.

3^o Disposition de la chose sans droit.

Dans le premier cas l'usurpateur acquiert une possession vicieuse dès le commencement *ab initio*.

Dans le deuxième, il acquiert la possession légalement, mais la retient sans droit.

1. On Torts p. 375.

Dans le troisième, il ne la prend, ni ne la détient, mais, agit de telle façon qu'il en prive le propriétaire et la lui fait perdre.

Le mot « conversion » était originellement limité à ce troisième cas : disposer de la chose de telle façon que ni le *dejiciens*, ni le propriétaire n'en ait plus la possession : c'est la destruction soit matérielle soit juridique de la chose ; par consommation, destruction, vente etc...

L'extension du sens du mot « conversion » aux deux autres cas, prendre ou détenir sans droit la chose d'autrui, et en conséquence de l'action, s'explique historiquement.

L'action de « trover » s'appropriä le champ d'action qui appartenait à d'autres actions plus anciennes.

Il y avait trois formes d'actions en « Common Law », correspondant aux trois cas cités de privation, de possession sans droit : « trespass *de bonis asportatis* » en cas de prise de la chose sans droit, en cas d'usurpation « *detinue* », en cas de détention de la chose sans droit, c'est-à-dire quand une personne déjà en possession comme par exemple un « bailee », retient à tort la chose une fois son « bailment » terminé. « Trover » en cas de véritable conversion, c'est-à-dire de destruction de la chose matériellement ou juridiquement, « Trover » était la plus récente, elle apparaît dans le Y. B. 18 Ed. IV. 23 pl. 5.

Dès la quarante et unième année du règne de Edouard VI, (Brooke's Abridge. Action sur le case pl. 103) on trouve cette action sous sa forme moderne : « Action sur le « case » où l'expression était : que le demandeur était en possession de telles et telles choses *ut de proprio et illa perdidit et def. illa invenit et illa in usum proprium convertit.* ». Dans le même Year Book on trouve l'expression en vieux français ; que le défendant pris les choses et « eux convert a son oeps ».

Probablement qu'avant l'invention de « trover » au xve siècle, l'action de « *detinue* » fournissait le moyen de protection dans les deux premiers cas, on pouvait plaider que le défendeur avait disposé de la chose. Dans *Jones v. Dowle* 1841 *Parke B* dit : « *Detinue* » n'existe pas contre celui qui n'eut jamais la possession mais contre celui qui l'avait et qui s'en est départi illégitimement »,

L'action de « *detinue* » avait des inconvénients : elle n'offrait pas de recours en cas de détériorations de la chose rendue ni, en cas de mauvais usage de la chose par le « *baillee* », elle ne donnait pas non plus de moyen en cas de destruction par un tiers : (dans ce cas il fallait recourir à action de « *trespass on the case* »).

Un autre inconvénient de l'action du « *detinue* » était que la compurgation y était permise, et cette forme de faux serment légalisé n'était pas pour aider au maintien de l'action.

La « *conversion* » en arriva à être traitée comme un « *quasi trespass* » intenté dans une forme spéciale de « *trespass on the case* ». La déclaration en « *trover* » fut ainsi une simple variante de la déclaration en « *detinue* » : « *wrongly converting the property to his own use* ».

« *Detinue* » était de deux sortes : « *detinue sur bailment* », quand la chose était aux mains du défendeur par contrat ou « *bailment* » entre les parties. Et, « *detinue sur trover* » qu'il ne faut pas confondre avec « *trover* ». « *Detinue sur trover* » avait lieu quand le défendeur avait trouvé la chose ou l'avait en sa possession de toute autre façon que par contrat ou « *bailment* »,

Ces allégations étaient peu importantes, il fallait que les choses furent arrivées aux mains du défendeur « *deven-runt ad manis defendantis* » et qu'elles fussent retenues injustement. C'est ainsi que l'action de « *trover* » fut modifiée sur celle du « *detinue sur trover* ».

Dans cette action le demandeur allègue : 1° Qu'il avait la possession de certaines choses « *ut de bonis propriis* ». 2° Qu'il les avait perdues par hasard et que le défendeur les avait trouvées ; 3° Que celui-ci ne les lui rendit pas et les convertit à tort à son usage.

Là aussi, l'allégation d'invention était de style, qu'elle fût vraie ou fausse, suivant les règles de procédure elle n'était pas « *traversable* », c'est-à-dire, que l'autre partie ne pouvait opposer aucune dénégation à cette assertion.

L'action de « *trover* » fut trouvée si satisfaisante qu'elle s'appropriâ tout ou presque tout le terrain des actions de

« trespass » et « detain ». Elle devint un moyen général applicable dans presque tous les cas où le demandeur avait été privé de sa chose par prise, détention ou conversion. Mais, dans les deux premiers cas, le demandeur pouvait choisir entre « trespass » et « trover », ou « detain » et « trover ».

En cas de conversion par détention, on avait donc le choix entre « trover » et « detain » ; mais qu'entendait-on par détention ? Au sens originaire, détention ne pouvait être équivalent à une disposition ; suivant le cliché bien connu : « On ne peut manger et avoir son cake en même temps. » Cependant, assez tôt, la négligence, ou le refus de délivrer la chose, après demande de restitution faite, fut preuve de conversion, et les juges eurent à déclarer qu'il y avait conversion. quand la preuve, de la demande et du refus de rendre sans justification légale était faite (Blackstone III. 153) la détention, après demande de restitution, devint ainsi une sorte de « conversion » fictive, ou plutôt, comme il est dit dans un cas moderne *Alexander v. Southy*, par Abbot C.J., le simple fait d'un refus à une demande de restitution de la chose n'est jamais de soi-même une conversion, mais c'en est peut-être une preuve très forte. »

Une fois que le demandeur eut à sa disposition ces deux actions, il préféra celle de « trover » qui finit par être adoptée complètement. Mais il y a un cas où « trover » ne s'applique pas : c'est en cas de perte par négligence, car là, il n'y a pas de disposition et « detain » couvre encore ce cas.

Dans le cas de conversion par prise de la chose, cas où l'on a le choix entre « trover » et « trespass », l'allégation de perte et invention, était sans importance, car de quelle manière la chose parvenait dans les mains du défendeur par « bailment », trouvaille ou délit ; ce qui permettait ce choix. Et il en fut ainsi décidé dans *Bishop v. Viscountess Montagu* en 1599¹.

1. Dans *Cooper v. Chitty* Lord Mansfield dit de l'action de « trover » « C'est une fiction ; en substance, c'est un moyen pour recouvrer la valeur de

Les éléments de la conversion sont :

Un acte contraire au droit du propriétaire et une intention de nier le droit du propriétaire. Le cas d'une intervention non volontaire ni sans droit n'est pas une « conversion » même s'il se produit par la négligence du défendeur que la chose soit perdue ou détruite. Le « bailee » ou « carrier », qui perdait par accident la chose qui lui était confiée, suivant la vieille procédure, n'était pas passible d'une action en « trover » mais en « detain », « case » ou « assumpsit ». Si, à tort ou par erreur, il délivrait la chose à une personne autre que celle désignée, ou refusait de délivrer à la personne ayant droit, dans ce cas, il était responsable en « trover ».

L'erreur de droit ni de fait n'est pas une défense à l'action de « trover ». C'est ainsi que dans l'affaire *Hollins v. Fowler* 1874, il fut décidé que des personnes disposant de meubles ou exerçant le droit de propriété sur eux, agissent à leurs risques et périls. Dans cette affaire un courtier en coton, avait acheté honnêtement des balles de coton à une personne qui les avait obtenues par fraude du demandeur dans l'action; le défendeur les vendit à un de ses clients percevant seulement une commission de courtage. Il fut jugé par la Chambre des Lords que le courtier était responsable pour la valeur entière de la chose (le sous-acquéreur était protégé par le « Factors Act »). Nous avons vu le même résultat dans *Consolidated Cie v. Curtis* en 1892.

Ce n'est pas une défense non plus, que la perte ne fut pas voulue ou même que ce n'était qu'un résultat naturel ou probable de l'acte commis. Ici, c'est la redoutable doctrine de « Remoteness of damages » qui entre en jeu, doctrine qu'il n'entre pas dans notre sujet de démontrer ni d'exposer. Il suffira de noter :

1^o Que la défense du cas de force majeure ne peut être opposée en Angleterre que pour très peu de cas.

meubles personnels dont il fut disposé à tort par un autre. Pourtant, en cas d'« asportation » de la chose sans intention de s'en servir, la cause n'est pas suffisante pour qu'il y ait lieu à une action en conversion; quoique ce soit suffisant pour intenter « trespass »

2^o La question à déterminer n'est pas de savoir si le défendeur entendit priver le demandeur de sa propriété, ni s'il savait ou aurait dû savoir, qu'un tel résultat se produirait, mais simplement, si son intervention sans droit, en fait a produit le résultat actuel de l'en priver.

Une affaire analogue à *Hollins et Fowler* est celle de *Hiort v. Boll* 1874. Les demandeurs par une fraude de leur agent furent conduits à consigner certain orge, au nom du défendeur qui ne l'avait pas commandé, ils lui envoyèrent l'ordre de livraison pour qu'il pût l'obtenir du voiturier; là-dessus l'agent des demandeurs informa le défendeur que le consignement était une erreur et il le lui fit endosser à son nom à lui et se fit en même temps rendre l'ordre de livraison de façon que les marchandises lui fussent délivrées par le voiturier. L'agent obtint de cette manière la possession de l'orge, le vendit puis s'enfuit avec l'argent. Il fut jugé que le défendeur était responsable. Ce cas paraît extrême. Il faut admettre que les demandeurs ne se trouvaient pas dans le cas où ce que faisait leur agent devait être considéré comme fait par leur ordre ou sous leur autorité. Ou peut-être le fait du défendeur de remettre l'ordre de livraison à l'agent était-il en violation de certaines règles commerciales et le mettait-il en faute. Comme le remarque Sir J. Salmond en critiquant cette décision il est douteux qu'il y eut un acte d'intervention sans droit; cet auteur pose aussi les questions suivantes : un « bailee » involontaire n'a-t-il pas le droit de renvoyer les marchandises ? Et suivant *Coggs v. Bernard* doit-il plus qu'un soin raisonnable ? Questions restées sans réponse, enfin il faut supposer que les circonstances, ne rendaient pas l'autorisation des propriétaires évidente à première vue car la fraude aurait été alors supportée par les demandeurs.

Ce n'est pas une défense non plus, que le défendeur n'ait pas agi pour son propre compte. Il est également responsable, qu'il ait agi pour le compte d'autrui ou comme son agent ou son serviteur. Cette règle est basée sur la décision de *Stephens v. Elwall* 1815, où il est dit : « Le clerc agit par inévitable ignorance et pour le bénéfice de

son maître quand il envoya les marchandises à son maître. Mais néanmoins ses actes peuvent équivaloir à une conversion; une personne est coupable de conversion quand elle se mêle de ma propriété et en dispose, et ce n'est pas une défense qu'elle ait agi par ordre ou sous l'autorité de quelqu'un qui n'avait pas le droit d'en disposer. »

Mais, à l'opposé, un simple rapport « ministériel » avec la chose, à la requête d'un propriétaire apparent ayant le contrôle actuel, n'est pas une « conversion » envers le véritable propriétaire. Ainsi un voiturier qui ne fait que transporter la chose d'un endroit à un autre n'est pas responsable *Hollins v. Fowler*, par Grove J. C'est un simple moyen « a mere conduit pipe ».

Pourtant dans *Underwood v. B. of Liverpool* 1924, Scut-ton L. J. dit « qu'il semblerait que le serviteur est seulement excusé, si l'apparent propriétaire a la possession actuelle, et non, s'il a seulement un droit à la possession apparente. »

Il est difficile de savoir exactement où s'arrête l'application de la règle, car même dans le cas où l'acte est fait, dans l'intérêt du propriétaire, avec l'honnête intention de préserver la chose ou de la lui rendre, il y aura « conversion » s'il n'y a pas de justification légale, et si en fait il résulte une perte de la propriété. Par exemple, je trouve une chose appartenant à A., que je crois perdue erronément et je la remets à B. pour qu'il la rende à A. et ce B. se l'approprie. Je suis responsable « en trouver » (*Consolidated Cie v. Curtius*). Ici il faut certainement voir un effet de l'aversion bien anglaise contre toute gestion d'affaire.

La perte n'a pas besoin d'être permanente pour donner lieu à l'action. Quelques actes faits, sans droit, par lesquels le défendeur prive le demandeur de sa chose, soit entièrement, soit temporairement, dit *Chilly* (Precedents in Pleading 662) sont suffisants. C'est là une différence avec la théorie du larcin où « emprunter n'est pas voler », naturellement la mesure des dommages dépend de la durée de la dépossession.

Suivant Holt C.-J. dans *Baldwin v. Cole*, le fait de rendre

la chose n'empêche pas l'action d'être recevable (probablement pour les dommages encourus).

Enfin à cette règle générale, qu'est coupable d'une « conversion by taking », toute personne qui, sans justification légale, enlève une chose mobilière hors de la possession d'autrui, avec l'intention d'exercer un *dominium* permanent sur elle, que ce soit pour l'usage du défendeur lui-même, ou pour celui d'un tiers, ce n'est pas une défense, que la restitution est devenue impossible, quoique la prise de possession permanente ne fut pas entendue comme devant être permanente et que la destruction survint par accident sans faute du défendeur.

Mais, s'il n'y a pas intention de priver autrui de sa possession par « conversion » et simplement un changement de place de l'objet sans intention de le prendre, il n'y a pas lieu à l'action de « trover » mais de « trespass » de *bonis asportatis*, *Fouldes v. Willoughby* 1841¹.

Il y a conversion par détention quand la détention est adverse ou contraire à la possession du propriétaire ou de la personne ayant droit à la possession.

Etre en possession sans titre n'est pas un délit d'aucune sorte (quand l'acquisition de la possession a été légitime). Ainsi un « bailee », qui détient après l'expiration du délai de son « bailment », peut être responsable pour une faute contre son contrat mais il n'est pas responsable de « conversion » ni d'aucun autre délit civil. A moins qu'il n'ait montré une intention de garder la chose malgré le « bailor » et de l'en priver.

Tant que rien ne prouve une telle intention il n'a rien à craindre. Et Sir J. Salmond pense, qu'en conséquence, celui qui trouve une chose perdue ne peut pas être poursuivi pour « conversion », aussi longtemps qu'il puisse garder la chose, tant qu'il ne refuse pas de la rendre ou qu'il ne montre pas, d'une façon ou d'une autre, qu'il a eu cette intention.

1. Cas du passeur débarquant les chevaux d'un voyageur contre sa volonté et sans droit.

Personne n'est obligé, excepté par contrat, de renvoyer un meuble à son propriétaire ; sa seule obligation est de ne pas l'empêcher de le reprendre quand il vient le chercher.

En droit espagnol, suisse, allemand, il y a des provisions contraires à cet effet, ainsi que nous l'avons déjà vu.

Cette règle ne s'applique pas seulement à l'action de « trouver » mais à toutes formes d'actions pour délit basées sur la détention d'un meuble.

C'est ainsi que dans *Clements v. Flight* 1846 dans une action en « detinue » on trouva trois sens au mot « detain » detenir ou retenir :

- 1° Simple fait d'avoir la chose en sa possession ;
- 2° Simple commission de délivrer au demandeur ;
- 3° L'acte de retirer la chose « withholding » et d'empêcher le demandeur d'en obtenir la possession.

Ce troisième cas seulement est un délit civil.

Mais, il n'y a pas délit, en prenant des précautions et en faisant attendre un temps raisonnable pour déterminer la personne ayant droit à la possession avant de rendre la chose.

Nous avons vu aussi qu'il n'y a pas de délit dans le cas où un objet mobilier n'arrive pas à destination, par accident, ni par acte délictueux d'un tiers, ni par l'acte du propriétaire sur l'immeuble de ce dernier et qu'il en refuse l'entrée au propriétaire du meuble, pourvu qu'aucun acte de *dominium* sur la chose n'ait été fait.

Pour qu'il y ait lieu à l'action en « trouver » il faut que la chose soit en la possession du défendeur, ou y avoir été, ou en être sortie par un acte volontaire¹. En cas de négligence, c'est celle de « detinue » qui s'applique.

Le fait de ne pas rendre la chose demandée n'est pas une « conversion », si au moment de cette demande, elle n'est plus en possession ou au pouvoir du défendeur ; qu'elle ait été détruite, consommée ou aliénée. Même, si le défaut est dû à la faute ou à la négligence du défendeur. Dans ce

1. Un dépositaire qui, après expiration du délai de dépôt, se sépare de la chose est responsable en « trouver ».

cas, ce n'est pas le refus de délivrer dont on doit arguer dans l'action, mais le fait de consommation, aliénation ou destruction. C'est de ce fait, que commence à courir le « Statute of limitations » en faveur du défendeur *Granger v. George* 1826.

Si, d'autre part, le défendeur ne peut pas rendre la chose simplement en raison de négligence, ou si la chose a été détruite accidentellement; il n'est pas responsable ni pour la destruction, ni pour l'omission de délivrer. Il ne pouvait être responsable qu'en « détinue » ou en négligence, si les circonstances montraient un devoir envers le propriétaire de prendre soin de la chose.

Finalement, si la chose est perdue, détruite sans aucun acte de négligence et avant la demande et le refus de rendre ou autrement avant que la possession devienne adverse, et que la faculté d'agir soit acquise, le défendeur n'est pas responsable, ni pour « conversion » ni autrement. Il ne faut pas oublier que ces dernières règles ne s'appliquent qu'à la conversion par détention et que le demandeur n'est pas laissé sans défense, malgré le caractère étroit de ce qui vient d'être dit.

Il peut encore y avoir conversion par « wrongful delivery ». Ce n'est pas commettre une conversion que de confier une chose à un domestique, mais il y a conversion quand sans titre, on livre une chose à quelqu'un sans justification légale (V. *infra*)¹.

La responsabilité du voiturier qui délivre par erreur, l'objet à une personne n'ayant pas droit à la chose est déterminée par son contrat. S'il est obligé seulement à prendre un soin raisonnable et qu'il l'ait pris, il n'encourt aucune responsabilité; mais s'il est obligé à délivrer à personne

1. C'est ainsi qu'un « bailee » qui vend ou met en gage la chose qu'il détient pour autrui est responsable (sauf dans le cas de l'exception du « bailment » pour sauvegarde). Et dans *Consolidated C. v. Curtis* un « auctioneer » qui vendit et délivra des choses volées ou des choses sujettes à un « bill of sale », fut responsable envers le propriétaire des choses, envers le possesseur du « bill », quoiqu'il ait agi de bonne foi par ignorance du titre de la partie adverse et ait remis le prix à son client.

désignée à ses risques et périls; dans ce cas, il est responsable en cas d'erreur.

Du cas précédent doit être distingué celui de « conversion » par « wrongful disposition ». Dans ce cas est responsable de « conversion » toute personne qui, sans justifications légales, prive autrui de ses biens en donnant à un autre un titre légal sur la chose.

La création de ce titre adverse est équivalente à une conversion. Par exemple : Une vente en « market overt » (Sale of goods Act. 1893 s. 22 où une disposition sans droit par un agent commercial (Factor's Act. 1889). La disposition sans droit par un vendeur ou acheteur des meubles dont l'un retient ou l'autre obtient la possession (Sale of goods Act s. 25). De même est la création par un acte sans droit, d'un titre valable pour un effet de commerce, mais adverse au droit du propriétaire originaire.

Dans beaucoup de ces cas la disposition sans droit est aussi une tradition sans droit et en conséquence une « conversion » mais cette coïncidence n'est pas essentielle.

Un essai de disposer de la chose sans en faire la tradition n'est pas une conversion, car la privation de la chose doit être effective.

Le dernier cas un peu important est celui de conversion par « wrongful destruction »,

En cas de consommation ou de destruction sans droit des meubles d'autrui un simple dommage n'est pas suffisant et ne donne droit qu'à « trespass » *Simmons v. Llystone* 1853.

Il y a beaucoup d'autres formes de conversions dont voici quelques exemples : Quand la perte de la chose est causée par un acte d'intervention sans droit : détacher un chien, ouvrir la cage d'un oiseau, effrayer du bétail, etc... Un cas de conversion peut encore se produire quoique le défendeur n'ait jamais eu la possession de la chose, si son acte revient à une négation complète du droit du demandeur¹.

1. *Van Oppen v. Tredegars* où les demandeurs des voituriers livrèrent par erreur des supports de lampes à une « firm ». Le défendeur prétendit

Les actes suivants ne sont pas des conversions.

La simple possession de la chose sans titre n'est pas conversion (ni aucun autre délit). La seule détention qui puisse donner lieu à une action contre le détenteur est la détention adverse en négation du titre du véritable possesseur; il semble donc que logiquement le simple fait de recevoir de bonne foi comme un gage, ou par vente ou autrement d'une personne sans titre, ne soit pas une conversion par l'*accipiens* et qu'il ne commet aucune conversion tant qu'il ne refuse pas de la livrer à son propriétaire ou n'en dispose pas à tort.

En cas de gage il en fut décidé ainsi dans *Spackman v. Forster*, 1883, dont voici les faits : des « deeds » furent pris au demandeur par fraude et mis en gage chez le défendeur en 1859. En 1882 le demandeur découvrit la perte de ses titres et les demanda au défendeur qui plaida le « Statute of limitation » et refusa de les rendre. Il fut jugé qu'il n'y avait pas de cause d'action jusqu'à la demande de restitution et le refus de restituer et que ce faisant le défendeur était responsable en « trover » quoiqu'il eût la possession depuis plus de vingt-trois ans. Grove J. dit : « Le défendeur détenait les titres comme « bailee » contre celui qui les lui avait remis en gage mais non contre le véritable propriétaire ».

En cas de vente la règle est différente, c'est ce qui ressort de l'affaire *Fine Arts Society v. Bank of London* 1886, où les défendeurs étaient banquiers du demandeur ainsi que de leur secrétaire. Ce dernier versa à son compte à la banque défenderesse des « post office orders » appartenant aux demandeurs alors qu'il était de son devoir de verser ces mandats à leur compte. Fry et Bowen L. J. J. décidèrent que le secrétaire quand il remettait l'ordre (« Post office order ») au guichet de la banque avec ordre de verser l'argent à son propre compte et que lorsque l'employé de la banque l'acceptait, alors à ce moment la banque

qu'ils lui appartenaient et les vendit à la « firm ». Il fut jugé que le défendeur était responsable en « trover ».

commettait une « conversion ». Sir J. Salmond trouve que cette décision est incompatible avec la précédente mais par contre M. Stallybrass la considère comme correcte.

De plus il s'ensuit que si celui qui avait la chose en dépôt ou gage de bonne foi la retourne au déposant avant de connaître la réclamation du véritable propriétaire il n'encourt aucune responsabilité (*Union crédit Bank v. Merry Docks et Narbour Board* 1899, où il s'agissait de tabacs entreposés). Mais il délivrerait à ses risques et périls s'il avait connaissance de la réclamation auparavant (*Winter v. Banks* I. 1901).

Il n'y a pas non plus de conversion s'il remet la chose à un tiers sur l'ordre du déposant agissant de bonne foi et sans connaissance du titre vrai (*dicta* dans ce sens : de Blackburn J. dans *Hollins v. Fowler*, et de Willes J. Martin B.)

Mais cependant on peut se demander ce qu'il adviendrait si un agent, magasinier, voiturier ou « bailee » avait connaissance actuelle que sa délivrance des marchandises est partie de la transaction affectant le titre relatif à ces marchandises et en paye seulement leur possession *de facto*. Dans ce cas, la question de sa responsabilité semble encore non fixée en droit.

Pourtant dans *The National Mercantile Bank v. Rymill* 1881, il fut bien jugé qu'il n'y avait pas de responsabilité ; la Cour d'appel ayant décidé qu'un « auctionner » chez qui les marchandises du demandeur avaient été déposées à tort pour être vendues n'était pas responsable pour conversion quoiqu'il les ait délivrées à la requête du vendeur à un tiers à qui l'« auctionner » savait qu'il les avait vendues par contrat privé. Cette décision est difficile à réconcilier avec *Stephens v. Elwall* et est contraire à l'opinion de Blackburn J. dans *Hollins v. Fowler*.

Mais si cette décision est correcte elle forme une autorité pour le principe qu'un « bailee » ne commet pas de conversion simplement par livraison des choses au « bailor » ou à son ordre même avec connaissance que la transaction est une vente ou autre disposition du titre pourvu qu'il n'ait

pas connaissance d'aucune réclamation de la part du demandeur. Mais il en est clairement autrement cependant si le « bailee » n'a pas seulement délivré avec connaissance de la vente mais a lui-même vendu et livré la chose quoiqu'il ait agi ainsi comme agent et sans prétendre à un droit quelconque sur la chose (*Consolidated Co v. Curtis*).

Il est encore un cas très particulier, c'est celui appelé « conversion by estoppel ».

Un défendeur qui n'a pas, en vérité, commis de conversion peut en être tenu responsable quand par son acte propre il s'est empêché (« estopped ») de pouvoir invoquer l'acte qui constitue sa défense : Exemple : qu'il n'est plus en possession ou qu'il ne l'a jamais eu.

On distingue :

1^o L'« estoppel by representation » (affaire *Selon v. Laforce*, 1887). Les marchandises étaient déposées chez un magasinier par A. Les serviteurs du magasinier, par erreur, les livrèrent à une autre personne, fait que le magasinier ignorait. Il dit à B. qu'il les avait toujours au nom de A. B. les achète à A. et demande livraison. Il fut jugé que le magasinier s'était empêché de nier la possession, et mis dans la situation de ne pouvoir nier qu'il possédait les marchandises et que son refus de livrer était une « conversion ». Il est vrai que de toutes façons il était responsable pour ces marchandises, attendu que le délai prescriptif n'était pas accompli. Mais cette règle le rend responsable envers l'acheteur.

2^o « Estoppel of a bailee ». Un « bailee » ne peut dénier le titre d'un « bailor »; et refus de livrer la chose à son ordre est une « conversion » même si le « bailor » n'est pas le vrai propriétaire ou n'a aucun titre ou l'a perdu au moment du « bailment ».

Un exemple de ce cas se trouve dans l'affaire *Rogers v. Lambert*, 1891. Les demandeurs achetèrent du cuivre jaune au défendeur et le lui laissèrent en entrepôt puis le revendirent à un tiers et réclamèrent la délivrance des marchandises; le défendeur refusa disant qu'ils n'avaient plus de titres; mais il fut décidé que ce refus était une « conversion ».

car ils étaient toujours « bailees » donc responsables.

L'« estoppel » disparaît si le « bailee » a déjà livré sur la demande du véritable propriétaire ou s'il défend à l'action en son nom ou par son ordre (*Biddle v/ Bond*, 1865, 6 B. S. 205).

Cette règle de l'« estoppel » du « bailee » est très analogue à celle qu'un titre possessoire est valable contre tous excepté le véritable propriétaire. Il est même possible qu'elle en découle.

En fin de compte, on peut dire que cette règle d'estoppel n'est qu'un moyen pratique d'obvier au formalisme devenu trop étroit de l'ancien droit. On ne pouvait pas laisser sans défense un propriétaire séparé de sa possession par la seule raison que le possesseur immédiat n'était plus en possession et il fallait trouver un moyen pour le rendre responsable en cas de négligence de sa part. Cette règle est donc encore un exemple des nombreux détours que le Droit est obligé de suivre pour s'adapter à de nouvelles circonstances.

En Droit continental nous avons une règle beaucoup plus simple correspondant à une partie de celle-ci : c'est celle dite de l'impossibilité d'interversion de titre par le possesseur pour autrui.

Qui peut poursuivre en « trover » ? — La règle générale est que la personne qui peut intenter l'action de « trover » est celle qui a la possession actuelle ou a le droit à la possession immédiate au moment de la conversion. Cette action est basée sur la possession et le droit à la possession immédiate, non sur le droit de propriété. Il n'est pas nécessaire d'être propriétaire pour l'intenter. Un « bailee », un agent, un gagiste le peut. Par exemple l'affaire du *Winkfield*, 1902, où le « Postmaster general » fut jugé être un « bailee » pour les courriers perdus dans une collision en mer. Il put recouvrer à ce titre la valeur des choses perdues.

De même quoiqu'un titre « equitable » ne soit pas suffisant en Common Law pour fonder une action en conversion ou pour toute autre atteinte ou injure, si pourtant un

propriétaire avec un titre équitable est mis en possession par les termes de son « trust » il peut en « Common Law » poursuivre en s'appuyant sur son titre possessoire sans joindre son « trustee » comme demandeur. Inversement une personne n'ayant pas le droit à la possession ni à la possession immédiate, même si elle était le propriétaire, ne pourrait intenter l'action. Donc le « bailor » pour un délai fixé ou un acheteur de marchandises détenues par le vendeur pour « lien », ou un « pledgor » ou un détenteur d'un « bill of sale » avant défaut du débiteur n'avaient pas droit à cette action.

Dans tous ces cas le moyen était une action spéciale sur le cas, pour injure faite à son « reversionary interest ». Mais un « bailor at will » retient un droit suffisant à la possession immédiate et à « trover » même contre un étranger; la règle est la même pour « trespass de *bonis asportatis* » et pour « detinue ».

Maintenant comme il n'y a plus de formes d'actions ni d'action spéciale sur le cas, on fera donc rentrer sous le titre de conversion toutes les injures protégées par cette dernière : injures au « reversionary interest » cas où le « reversioner » peut poursuivre en « conversion » quand il est privé de façon permanente ou temporaire du bénéfice de son droit (« interest ») par destruction; disposition par titre valable envers un tiers, vente en « market overt », etc.

Il peut aussi poursuivre si son « interest » est tombé en « possession » et qu'il ne peut en obtenir l'objet en raison de la « conversion » même. Mais il ne peut agir quand l'objet a été pris au possesseur immédiat ou est détenu loin de la personne qui a droit à sa possession, tant que son intérêt n'est pas tombé en possession.

L'acte de conversion peut quelquefois lui donner droit à la possession immédiate; par exemple : le « bailee », vendant la chose par là même fait cesser le « bailment » et le « bailor » peut poursuivre le « bailee » ou l'acheteur pour la chose elle-même, non pour seulement le droit limité qu'il avait retenu.

Dans *Milliner v. Florence*, 1878, la chose du demandeur

était en possession du défendeur, un aubergiste qui la détenait légitimement pour dette encourue par un tiers qui l'avait apportée dans l'auberge. L'aubergiste la vendit illégalement et il fut décidé que le « lien » était détruit, et que le demandeur avait droit à la possession immédiate et le droit à la valeur entière sans déduction de la dette.

Mais dans *Donaldy v. Sucking* et dans *Halliday v. Holgate* par contre il fut jugé qu'un « pledge » n'est pas terminé par une vente prématurée ou une mise en gage non permise et que le « pledgor » doit d'abord payer la dette avant d'intenter « trover » ou « detinue ». La différence entre ces cas s'explique par les règles spéciales relatives aux aubergistes et au gage (le droit de vente est toujours inclus dans un contrat de gage au contraire du Droit français).

La simple possession *de facto* est suffisante pour intenter « trover » suivant *Armory v. Delamare*, 1721, ainsi que nous l'avons déjà mentionné, mais il faut insister sur ce point que c'est le droit immédiat à la possession qui doit être prouvé en « trover » comme en « ejectment ». Et si la possession est conditionnelle, la condition doit être prouvée pour être remplie.

Quant à la mesure des dommages, *Bridges v. Hawkesworth*, 1851, décide que la mesure des dommages est la même pour un simple possesseur que pour un propriétaire car il a le droit préférable. De même il est sans importance qu'il soit de bonne foi ou non.

La simple possession est valable *adverseus extraneos* (*Buckley v. Gross*, 1863).

Comme nous l'avons déjà rencontré, la question de la durée du titre possessoire est une question des plus compliquée et des moins claire. Une fois acquis, probablement, il continue à exister en droit anglais, malgré la perte de la possession par acte sans droit d'un étranger. Ainsi si A. trouve une chose et B. la lui prend et la vend à C. il est probable que A. a « trover » contre B. et C. d'après Blackburn J. dans *Buckley v. Ross* où il s'exprime ainsi : « Je suis enclin à croire qu'une personne ayant la possession

aurait un droit d'action contre une autre qui prétend à la chose comme ayant cause d'un étranger tout autant que contre un étranger lui-même ». Mais remarquons que ce n'est pas une affirmation de la part du savant juge, seulement une opinion.

Par contre il est clair que le titre possessoire continue même pendant le « bailment » simple de la chose par un inventeur qui alors a l'action contre le « bailee » et l'étranger (*Burne v. Fosbrooke*, 1865).

Il n'y a pas de décisions claires quant au cas relatif à la situation où le possesseur transfère la possession et le droit à la possession immédiate : « pledge », « bailment » pour un temps. Sir J. Salmond pense que par principe il n'y a pas de raison de faire de distinction entre « bailment » à volonté et « bailment » pour un temps. Mais là-dessus les décisions sont douteuses ou inexistantes.

Le titre possessoire continue même quand l'objet est pris par un intrus et probablement n'est détruit que par un acte qui l'aurait détruit s'il avait été un titre légal, vente ou faillite. C'est ainsi que dans l'affaire *Richard v. Jenkins*, 1887, A., un propriétaire de meubles, les loua à B. pour un loyer, puis tomba un faillite mais cacha sa propriété sur ces meubles au « trustee » de la faillite et continua à recevoir le loyer de B. qui ignorait la faillite. Un créancier saisissant (« execution creditor ») de B. peu après saisit les meubles; A. les réclama, le « trustee » n'intervenant pas. Il fut décidé par la Cour d'appel que le créancier avait droit aux meubles contre A. Fry L. J. dit : dans son jugement : « A. n'avait pas la propriété des meubles tout au plus avait-il envers le débiteur saisi, un droit « by way of estoppel » mais le créancier n'y était pas partie. Par exception le *jus tertii* fut plaidé avec succès ici »¹. Le défendeur pouvait dire :

1. Le *jus tertii* est un moyen de défense qui ne peut être opposé que dans certains cas par un possesseur immédiat à une personne lui réclamant la possession de la chose. Il peut alors lui dire : vous ne pouvez demander cette chose quel que soit votre titre car X. a un droit plus fort que le vôtre.

En droit moderne il peut être plaidé par le défendeur qui a obtenu la possession par « trespass » contre le demandeur ou quand il a commis le « trespass » le demandeur restant en possession; mais dans trois cas seulement :

votre titre a cessé; depuis que le « bailment » est créé vous n'êtes plus en possession... et n'importe quel titre possessoire ou légal que vous ayez, vous en avez été dépossédé par votre faillite » (*Buckley v. Gross*).

A propos de *Richard v. Jenkins* on doit remarquer que l'« estoppel » d'un « bailee » survit comme nous l'avons vu à extinction du droit du « bailor » sur la chose et qu'en ceci au moins la règle quant au droit par « estoppel » paraît plus

1° Quand il défend l'action au nom et par ordre du véritable propriétaire (l'affaire de *The Jupiter*, 1927).

2° Quand il a commis l'acte dont on se plaint par ordre ou autorité du propriétaire.

3° Quand il a déjà donné satisfaction au véritable propriétaire, soit en lui rendant la chose, soit en lui payant la valeur. (*Eastern constructions Co v. National Trust Co*, 1914).

En cas de « trover » le *jus tertii* en principe n'est pas une défense (*Armory v. Delamirie*, *Bridges v. Hawkesworth*). De même qu'en « trespass » suivant Sir J. Salmond le *jus tertii* ne peut être plaidé que dans les trois cas mentionnés plus haut. La règle générale en conséquence est que : si le demandeur n'est pas en possession de la chose ou en est réduit au droit à la possession, alors il doit réussir « by the strength of his title », c'est-à-dire il ne peut s'appuyer que sur son titre même et la preuve du *jus tertii* si jamais il s'avise de la faire détruire le seul moyen sur lequel il s'appuie.

Voici quelques décisions relatives au *jus tertii*. par exemple dans l'affaire *Jeffries v. G. W. R. C* 1866 où J. acheta des wagons à un marchand et lui permit de les employer dans son commerce, le commerçant fit faillite mais avant l'adjudication en faillite J. obtint possession des wagons ensuite le failli transféra (« assigned ») les wagons aux défendants qui les saisirent et J. intenta « trover » contre eux. Les défendants plaidèrent que les wagons étaient la propriété des « assignees in bankruptcy » au moment de la saisie mais ils ne montrèrent aucune autorisation de leur part d'opposer ce droit. Il fut jugé que cette défense n'était pas recevable. Le *jus tertii* ne peut être plaidé ni en « trespass » ni en « trover » dit le « Queen's Bench », mais la défense était que ni le demandeur ni le défendeur n'avait droit aux wagons et le demandeur avait la possession, donc il avait le titre contre un intrus.

Dans *Leake v. Loveday*, 1842 la « Court of Common Pleas » décide aussi en général que le *jus tertii* ne peut être plaidé en « trover » mais ici le demandeur n'avait jamais eu la possession des marchandises.

Dans l'affaire *Buckley v. Gross*, du suif fondu s'échappa des magasins de la Tamise, le demandeur prit possession d'une partie qui lui fut enlevée par la police suivant la loi 2 et 3 Vic. 71, 9. En vertu de cette même loi, le « Receiver of Police » le vendit au défendeur contre qui le demandeur intenta l'action de « trover ». Ce dernier fut débouté de sa demande parce que la possession lui avait été légalement enlevée et qu'en conséquence il n'y avait plus personne dont la possession pût être violée. Ici il s'agit nettement d'une exception législative. Dans *Burne v. Fosbrooke*, 1865 une femme mariée, abandonnée par son mari, devenue femme de charge chez F. y vivait avec sa fille mineure; elle lui donna une montre et quelques autres choses que celle-ci donna à F. pour les lui garder; la mère meurt le mari réclama les choses données à la fille par sa mère et remises à F. par la jeune fille; F. refusa de les donner; le père ne donna pas de suite à l'affaire et F. mourut

large que celle du titre par la possession (*Rogers v. Lambert* 1891).

Le droit est incertain et non développé en cette matière. Enfin un titre possessoire est enlevé par toute disposition légitime effectuée par le véritable propriétaire ou en son nom, par exemple : reprise de la chose ou « lien par attornment » par le « bailee » du possesseur au propriétaire (*Buckley v. Gross*, 1863) Ce cas tourne sur l'autorité de la police de prendre et de disposer de la propriété suspectée d'avoir été volée.

Effet du jugement dans l'action de « Trover ». — Un simple jugement en « trover » pour la valeur de la propriété sans satisfaction donnée présentement n'affecte en aucune façon le titre du demandeur sur sa chose. Le jugement n'a pas pour effet de lui donner le choix entre la chose et la valeur pécuniaire. Il peut exercer ses droits de propriétaire malgré le jugement, et il peut saisir le meuble dû, chez le défendeur ou chez n'importe qui le détenant, poursuivre un tiers en restitution spécifique. Il peut même réclamer des dommages-intérêts et obtenir un deuxième jugement pour la valeur de la chose contre une troisième personne en raison d'une conversion commise, soit avant, soit après celle pour laquelle le premier a été obtenu.

Mais il ne peut, de cette façon, obtenir deux fois satisfaction. S'il obtient la chose *in specie*, le jugement pour sa valeur devient inopérant; et s'il obtient la valeur de la chose il ne peut obtenir la restitution de la chose par

Il avait étiqueté les objets appartenant à la jeune fille à son nom; elle intenta « trover » contre les exécuteurs testamentaires de F. qui plaidèrent que la mère étant mariée ne pouvait donner aucun titre. Mais le jury déclara qu'il y avait eu transfert de possession de la mère à la fille et il fut jugé que quoique la fille ne pouvait ni garder ni réclamer aux exécuteurs qui les lui enlevèrent de sa possession et ce sans titre. Les choses étaient bien en sa possession car F. était son « bailee at will ». Ceci est encore une décision qui ne s'explique que par les raisons d'équité et de nécessité morale. Il faut donc en résumé n'accepter ces dernières décisions qu'avec réserves et se baser sur la règle précédemment énoncée comme fondement véritable de l'exception du *jus tertii*. Cette règle relative au *jus tertii* s'applique aussi en cas de « bailment » elle sert à empêcher un « bailee » de nier le titre du « bailor ».

jugement ni par exécution du jugement lui donnant droit à la restitution ni exercer son droit de « recapture ».

Si le jugement rendu donne la valeur de la chose au demandeur et si ce jugement est exécuté, la propriété c'est-à-dire la chose du demandeur passe par là, au défendeur; c'est donc un achat obligatoire de l'objet par le défendeur. Le même résultat s'ensuit, si un tel paiement est fait sans qu'une action soit intentée ni un jugement rendu, et le demandeur ne peut obtenir de dommages pour une conversion commise après satisfaction reçue, probablement même si cette « conversion » faisait partie de la même série d'actes que celle pour laquelle la satisfaction est obtenue. Mais pour un acte antérieur à celle-ci, il retient son droit de poursuite pour les dommages supportés en conséquence de cet acte et dont le montant s'élève au-dessus de la valeur de l'objet. C'est ce qui est dit dans l'affaire *Brinsmaid v. Harrison*, 1871, où il fut décidé qu'un jugement rendu contre un des « joint wrongdoers » éteint l'action contre tous, même si satisfaction n'est pas donnée; mais s'il y a deux actes de conversion et que l'un fût commis seulement par un des délinquants et que le jugement est rendu contre celui-ci pour cet acte, ce jugement n'éteint pas l'action contre l'autre partie au délit.

La propriété enlevée au demandeur peut, au lieu de passer au défendeur par l'effet du jugement, passer à un tiers; par exemple : quand A. a pris la chose de B. et l'a vendue à C., satisfaction donnée par A. à B. rend C. propriétaire.

La satisfaction faite au demandeur ne transfère que ses droits et ceux de ses ayants cause; mais si son droit est limité, par exemple : s'il n'est que possesseur et s'il y a un propriétaire le droit de celui-ci n'est pas éteint à moins que l'action du demandeur soit telle qu'elle se trouve dans les cas cités plus haut où elle éteint son droit d'agir.

Le paiement de la valeur de la chose à un simple possesseur en exécution d'un jugement et par obligation de la loi, n'est pas une défense à l'introduction d'une action par le véritable propriétaire (*Allenborough v. London and St*

Katharine's docks, 1878, Braswell). On doit présumer que si, par cette règle, une personne est obligée de payer deux fois pour la même conversion, elle aura droit à un recours contre le possesseur pour le repaiement du montant reçu. C'est pourquoi, il est plus prudent, dans un cas pareil pour la personne poursuivie par un simple possesseur, de prendre des « interpleader proceedings » pour se protéger contre les demandes adverses.

Notons enfin qu'il ne peut y avoir de conversion entre co-possesseurs qu'en cas de destruction complète ou d'expulsion définitive. Ainsi que nous l'avons déjà vu, il ne peut y avoir d'action que dans ce dernier cas.

Mesures de compensation (« damages ») en cas de conversion. — Si le demandeur se base seulement sur son droit à la possession il ne peut demander que la valeur de ce droit limité. S'il a la possession actuelle, il a le droit à la valeur de la chose entière. C'est ainsi qu'un « bailee » un « pledgee », un agent ont droit à la restitution *in specie*; ils peuvent demander non seulement un substitut pour la chose mais aussi la chose elle-même. La décision fondamentale est l'affaire du « Winkfield ».

Le surplus de la somme reçue par le « bailee », une fois que ses pertes ont été compensées, appartient au propriétaire et le « bailee » le détient pour lui. Il y a une limite à la règle du « Winkfield »; celle que si le « bailee » et demandeur dans l'instance et doit ensuite restituer au défendeur, comme propriétaire, une partie des dommages accordés, autrement dit si le défendeur a un droit quelconque « interest » sur la chose (ce qui aurait pu se produire dans le cas du « Winkfield » puisqu'il s'agissait de recouvrer la valeur des courriers perdus dans la collision entre les deux bateaux, les défendeurs auraient très bien pu avoir droit à quelque part dans ces courriers); dans ce cas le « bailee » ou agent demandeur ne peut réclamer au défendeur le dédommagement ou le remboursement que, déduction faite de ce qu'il lui doit, pour éviter ainsi un chassé-croisé.

Il n'a jamais été décidé mais il paraît que ce serait le

Droit, suivant Sir J. Salmond, qu'un demandeur, ayant droit par la règle du « Winkfield » à recouvrer la valeur entière de la chose pour son compte et celui d'autres intéressés, ne peut le faire que si ceux-ci acceptent ou ne font pas d'objection.

Si le « bailee », ou tout autre principal intéressé a déjà reçu satisfaction, la personne ayant un droit limité ne peut recevoir qu'une compensation pour celui-ci; il semble aussi, s'ensuivre que c'est une bonne défense que de répondre à la demande du possesseur à droit limité, qu'une demande a été introduite par le propriétaire et que cette action est défendue en son nom et par son mandat (*Eastern Construction Co v. National Trust Co*, 1914). De même, le défendeur qui a payé la valeur entière de la chose à une personne à intérêt limité a une bonne défense contre la demande du propriétaire.

La règle fut posée en 1374 par Cavendish C. J., Y. B. 48 Ed. III, et n'a jamais été disputée depuis.

Elle a été soutenue par Colline M. R. dans « the Winkfield » et Parke B. dans *Molles v. Bastard* tous deux des cas de « bailment ». La règle est clairement contraire quand le paiement est fait à un simple possesseur, ainsi que nous l'avons vu précédemment, même lorsque le paiement est fait par obligation judiciaire.

Que décider en cas d'un paiement fait à un inventeur ou à un « bailee » qui a déjà refusé de livrer la chose au « bailor » ? Quelle sera la situation de celui qui aura effectué ce paiement en face du véritable propriétaire, si celui qui achète la chose d'un simple « bailee » et la lui paie n'a pas de défense contre le « bailor » dans une action pour en recouvrer la valeur; pourquoi serait-il dans une meilleure situation s'il convertit la chose et puis paie pour elle ? Quand un « bailee » recouvre la valeur entière il la détient pour le « bailor » mais pourquoi le risque de perte par le « bailee » malhonnête ou en cas de faillite devrait-il retomber sur le « bailor » plutôt que sur le *dejiciens* (« wrongdoer ») qui a déjà converti la propriété ? Ces questions restent sans réponse jusqu'à présent.

En vertu des principes généraux du Droit, le « bailor » déjà indemnisé par le « bailee » semble devoir avoir droit à l'action contre un « wrongdoer » sauf à rendre au « bailee » la somme payée, mais l'état du Droit n'est pas très net sur ce point non plus.

La valeur recouvrée est ordinairement la valeur de la chose au moment de la conversion. Si la valeur de la chose augmente du fait du défendeur, le demandeur n'a pas droit à cette plus-value (*Reid v. Fairbanks*, 1853), où il s'agissait d'un bateau à moitié construit au moment de la conversion et ensuite achevé par le défendeur. On ne put obtenir que la valeur du bateau à moitié achevé.

Si la plus-value n'est pas due au fait du défendeur mais au contraire aux circonstances extérieures indépendantes du délit le demandeur a droit au remboursement intégral.

Des dommages spéciaux (« special damages ») peuvent être accordés en raison des dommages subis en dehors de la perte de la chose¹.

1. En plus des moyens de protection énumérés plus haut, on trouve encore certaines actions spéciales et qui ne s'emploient que dans des cas donnés, ce sont : « replevin », « detainue », « specific restitution of Chattels » et « injunction » dont il ne sera pas parlé, car elle n'est pas utilisable pour les meubles.

1. *Replevin*. — Toutes les fois que des meubles sont enlevés par une personne hors de la possession d'une autre soit par « distress » soit autrement, cette dernière peut, en justice, par l'action de « replevin », recouvrer la possession immédiate et provisionnelle de ces meubles en attendant le résultat de son action en justice pour déterminer le droit des parties en présence.

C'est ainsi que le « right to replevy goods » est le droit de se faire rendre des meubles immédiatement et provisionnellement au lieu d'avoir à établir d'abord le titre de l'une des parties dans une action en « trover », « detainue » ou « trespass ».

La demande est faite, par le demandeur « replevisor » au « registrar » de la « County Court », dans la juridiction de laquelle les choses furent saisies et celui-ci émet un ordre (« issues a warrant ») pour la restitution en faisant donner caution par dépôt d'argent ou par « bond » que le demandeur commencera et poursuivra devant la County Court ou la High Court, une action de « replevin » dans laquelle le titre aux choses et le droit des parties sera déterminé.

Ce moyen possessoire n'est permis que lorsque les objets ont été enlevés par « trespass » par le défendeur de la possession même du demandeur. Il n'est pas possible pour un simple détenteur ou pour tout autre « dispute » quant au titre ou au droit de possession.

Le procès est basé sur la présomption que le possesseur de la chose en est

le propriétaire et que la saisie est illégale, conférant en conséquence au possesseur un droit à leur restitution provisionnelle pendant enquête sur le titre même (*Merin v. Blache*).

Le droit de « replevin » est habituellement exercé seulement en cas de « distress », soit pour loyer « rent », ou « damage feasant », ou autrement mais légalement, il est possible pour toutes formes de prise de possession sous couleur de « distress » ou non (*Sharman v. Sharman*, 1804 et *County Court Rules*, O. 34.2.6).

Si le demandeur a gain de cause définitivement, il garde la chose qui ne lui avait été rendue que provisionnellement et obtient des dommages-intérêts et dépens pour les dommages causés par la saisie *Giggs v. Cruickbank*, 1873. Si le défendeur au contraire gagne le procès, il obtient un jugement en restitution de la chose ou, dans l'alternative, quand sa demande est pour « distress » pour le montant de ce qu'il réclame (*County Court Rule*, O.34.ss. 4 à 6).

Peut-être cette action pourrait-elle être comparée aux interdits romains mieux que l'action de « trespass » qui ne donne, en général, qu'un droit à compensation pour trouble ou dépossession. Ici comme dans les moyens romains le juge décide de remettre la possession d'abord à une partie, puis ensuite, on plaide en second lieu et dans une seconde action sur le droit respectif des parties. La comparaison serait peut-être encore mieux faite avec la procédure médiévale sommaire et provisoire du *summariissimum* ; mais avec la différence que ce dernier qui pouvait être suivi d'une action ordinaire (*ordinarium*) était aussi reconnu au détenteur alors que « replevin » n'appartient qu'au possesseur. La différence entre « replevin » et l'interdit *ut rubi* est, que dans la première l'enlèvement de la possession peut n'être pas illégal et fait par un droit donné par la loi comme en cas de « distress ».

2. *Detinue*. — Si la perte d'une chose résulte d'une intervention sans droit en regard de cette chose, il y a conversion et l'origine de l'action actuelle est l'action ancienne de « detinue sur trover » qui était une action délictuelle. Mais en cas de perte par conversion, par détention et dans les cas autres que le précédent, l'ancienne action était « detinue sur bailment » une action contractuelle.

Maintenant cette action ne peut être que « detinue ». Par exemple : si un voiturier, un magasinier perdait la chose, par négligence, il n'aurait pu être poursuivi suivant la vieille procédure qu'en « detinue », « case » ou *assumpsit* ; dans les cas de perte par livraison par erreur à une autre personne que l'ayant-droit, nous avons vu qu'il pouvait y avoir quelque fois conversion.

L'action de « detinue » a donc encore un certain champ d'utilisation en droit moderne dans deux cas :

1^o Si le demandeur désire la restitution de sa chose *in specie* (*Halsbury*, XXVII, p. 226).

2^o Il devra poursuivre en « detinue » non en « trover » si le défendeur n'oppose aucune prétention de propriété et n'est pas coupable de « trespass », l'acquisition étant légitime, licite.

« Detinue » a lieu contre celui qui a eu la possession et s'en est improprement séparé (*Jones v. Dowle*, 1841), et, c'est une bonne défense que la possession ait été perdue sans faute du défendeur, mais on doit le prouver (*Smith v. G. W. R. C.* , 1921, *per* Lord Atkin; *Fosse Millard v. Canadian Government Merchant Marine*, 1927, *per* Wright J.).

Dans le vieux droit le *ius tertii* ne se posait pas dans le cas de « detinue sur bailment ». Si le « bailment » était prouvé et le « bailee » encore en possession, il ne pouvait disputer le titre de son « bailor » et s'il n'était plus en possession il était absolument responsable envers lui (*Holdworth III*, 341). Pourtant quelques doutes sont apparus quant à cette responsabilité absolue dans le vieux droit par la publication de la décision de *Bowdon v. Pelleter*, 1315. En droit moderne, le « bailee » peut plaider le *ius tertii* : 1 s'il a été évincé

§ 4. — *Limitation of Actions ou prescription.*

C'est la loi ou ordonnance 21 Jac. I. c. 16, s. 3¹, qui en est la base. Elle donne six ans comme limite à l'exercice des actions, que nous venons d'étudier : « trouver », « detinue » « replevin », etc...

La période commence à courir du fait créant de cause d'action, avec l'exception qu'elle ne peut commencer à courir contre un incapable ; si le délai a commencé à courir, la survenance d'une incapacité chez la personne qui pourrait intenter l'action ne l'empêche pas de continuer. Suivant la même loi, si une action avait été intentée dans les délais impartis et que le demandeur venait à mourir durant l'instance, celle-ci était annulée, mais les exécuteurs pouvaient recommencer l'action ; aujourd'hui ils la continuent simplement.

La loi ne donne qu'un délai préfixe, le droit à l'action seul est éteint, non le droit qui subsiste.

Quand il y a une série d'actes commis par une même personne créant une « conversion » d'une chose, par exemple prise sans droit d'une chose ensuite consommation ou refus de la rendre, le délai courra du premier acte. Willes J. dans *Wilkinson v/ Verity*, 1871, dit : « C'est une règle générale, quand une fois le droit à l'action a été créé par un tort ou un contrat, le délai commence à courir de ce moment ».

Dans *Granger v/ George*, 1826, les défendeurs reçurent des marchandises en dépôt à rendre sur demande et peu après par erreur les livrèrent à d'autres personnes ; plus de six ans après, le demandeur ignorant ce fait redemanda ses

par un titre supérieur, c'est-à-dire si la chose lui a été enlevée par le véritable propriétaire : *Shelbury v/ Scotsford*, 1603 ; et 2° s'il défend à l'action pour le « bailor » par mandat ou par titre (*Roger v. Lambert*, 1891).

Mais il peut en être empêché par les termes de son contrat (*Ross v. Edwards*, 1895) ou s'il a reçu pleine connaissance du défaut du titre du « bailor *ex parte* » (Davis 1882, Jessel M. R.).

1. Suivant Coke la raison d'être des « Statutes of Limitation » est : la perte probable des preuves et la disparition possible des témoins. Le devoir des parties de ne pas négliger leurs affaires.

marchandises; il fut jugé que le délai avait commencé à courir de la livraison des marchandises, et non depuis le défaut de livrer sur la demande. Ceci doit être corrigé par la règle générale relative à la fraude cachée. Si le premier acte est frauduleux le délai court du moment où la fraude est découverte par le demandeur.

Dans *Wilkinson v. Verity*, 1871, un « bailee » de meubles les vendit frauduleusement et le « bailor » ignorant la chose les réclama après six ans; il fut décidé par le Cour de « Common Pleas » qu'il y avait une bonne cause d'action en « detinue » malgré le délai expiré.

Il faut aussi dans cette décision remarquer que ce n'était pas un « pure tort » mais une rupture de contrat. Comment concilier ces deux cas ? Dans le premier il y avait aussi une rupture de contrat et la décision fut inverse. La seule différence réside dans la fraude, si la décision est correcte; en cas de fraude, on doit en déduire que le « bailor », même s'il connaît la fraude, peut attendre autant qu'il le veut, il réussira toujours dans son action.

En cas de conversions successives par différentes personnes, la règle veut que chaque conversion soit une cause indépendante d'action et le délai court pour chacune séparément. Comme l'effet de la loi est seulement d'éteindre le droit à l'action, et n'enlève pas la propriété, si A. convertit une chose de B. à son usage, ce n'est pas une défense, qu'elle l'avait été déjà par d'autres; dans l'affaire *Milles v. Dell*, 1891, un « deed » appartenant à A. fut en 1881 mis en gage frauduleusement par B. chez C., lequel tomba en faillite et dont les ayants-cause le livrèrent à D. en 1889, à qui A. le réclama; il fut jugé par la Cour d'appel qu'il avait une bonne cause d'action contre D. malgré le délai passé; la réception par C. ou ses « assignies » en « bankruptcy » n'était pas une conversion et que celle-ci ne prit place que lors du refus de D. de le rendre et même si la cause d'action était éteinte contre B., cela n'avait pas d'effet sur la cause d'action contre D.

Qu'advient-il si lorsque le défendant reçoit la chose du premier *dejiciens* le droit du demandeur était déjà éteint

contre cette première personne ? Si A. prend la chose de B. la garde six ans et ensuite la vend ou la met en gage chez C., B. peut-il la redemander à C. et le poursuivre en « trover » sur refus de la rendre ? Le point ne semble pas avoir jamais été décidé.

D'après le principe, il semble clair qd'une telle action ne peut avoir lieu. Le déposseur primitif a acquis un droit à retenir la possession de la chose contre le véritable propriétaire et ce droit est transférable et transmissible.

Le propriétaire en vérité, ne fait que retenir un droit de propriété nominal ; il n'a plus le *jus possidendi* qui appartient au *dejiciens* et à ses ayants-cause. Soutenir le contraire arriverait à dire que même passé le délai en faveur du possesseur, il n'est protégé que s'il retient la détention de la chose.

Il paraît fort logique à un continental de suivre l'opinion de Sir H. Ames, suivant qui un droit immortel à intenter une action éternellement prohibée est une subtilité métaphysique ; de même que de mettre un acheteur honnête dans une position pire que celle d'un *dejiciens* ou du possesseur de mauvaise foi serait choquant en justice et anormal en droit.

M. Stallybrass dit que si l'opinion de Sir J. Salmond qui reprend celle de l'auteur précédent est commode, elle est contre l'esprit de la loi de 1623, on ne peut assurer que le possesseur ait gagné un droit sans dire que la loi a éteint l'ancien droit alors que c'est le moyen qui est éteint. Pour lui, la difficulté réside en ce que « trover » était autrefois une action délictuelle devenue un moyen de protection possessoire et les vieux textes sont donc en conflit avec les applications modernes.

Cependant, même en admettant que les difficultés créées par l'origine délictuelle de l'action de « trover » il semble qu'il est possible de faire une distinction qui obvierait à l'objection de M. Stallybrass : ce serait le droit de possession qui serait éteint ou transféré au déposseur, le droit de propriété resterait intangible dans son abstraction. Pour cela il faudrait faire une claire distinction entre propriété

et possession, ce qui malheureusement n'apparaît pas très nettement dans les décisions judiciaires.

Specific restitution of chattels. — En « Common Law le moyen normal pour obtenir la restitution d'un meuble était « detinue ». Les effets d'un jugement dans cette action étaient de créer une obligation alternative. On devait à son choix, l'objet ou la valeur déterminée par le jugement (*Chitty's Pleadings*, I, p. 139).

Pour l'exécution du jugement le défendeur était soumis à un « writ de distringas » qui autorisait la saisie de tous ses biens s'il ne s'exécutait pas.

Le seul recours du demandeur dans certains cas spéciaux pour obtenir la restitution de sa chose *in specie*, était de s'adresser à la juridiction équitable et discrétionnaire de la « Court of Chancery » (*Pussey v. Pussey*). « Mais le Common Law » Procedure Act de 1854, sect. 71, donna le pouvoir aux Cours après jugements sur « detinue » d'émettre un ordre d'exécution par redélivrance de la chose, sur la requête du demandeur. Cet ordre n'était pas de droit, il était laissé à la discrétion de la Cour. Cette faculté est conservée par le « Judicature Act » de 1873 et les « Rules of Supreme Court » Or. 42.26, O. 48.21.

Ce pouvoir étant discrétionnaire, la Cour peut le refuser ou le donner sous les conditions qu'elle juge nécessaires (*Chillon v. Carington*, 1855, per Maule J., *Peruvian Guano Co v. Dreyfus Bro.*, 1892, per Lord Machaghten).

La Cour n'exerce pas son droit quand il ne s'agit que d'objets, articles ordinaires du commerce, qui n'ont aucun intérêt ou valeur spéciale pour le demandeur et que les dommages le compensent pleinement (*Whiteley Ltd. v. Nilt*, 1918, Swinfen Eady, M. R.).

Si l'action est intentée pour un contrat le Cour a la même discrétion (« Sale of Goods Act », 1893, sect. 52). La base de cette règle serait suivant un *dictum* une question d'équité.

Le demandeur n'ayant pas droit à la plus-value donnée à la chose par le défendeur, il est juste que la Cour ait une faculté discrétionnaire d'en ordonner la restitution pour le

protéger (le défendeur) Lord Machnaghten dans *Peruvi Guano Co.*

En cas de « trover » quand la chose a été convertie une fois, il y a un droit acquis d'action « in trover » qui n'est pas enlevée par le fait que le propriétaire ensuite accepte la restitution de la chose. Cette restitution compte seulement en mitigation des dommages, mais n'éteint pas l'action. En conséquence le demandeur peut encore commencer une action pour recouvrer les dommages dus en raison de la dépossession temporaire.

Le demandeur est-il obligé d'accepter cette restitution ou peut-il la refuser ou en refuser l'offre et insister sur son droit à intenter « trover » pour sa valeur ? Dans la vieille procédure, l'offre réelle de restituer était une bonne défense (« plea ») en « detinue » car cette action n'existait pas pour réclamer des dommages mais pour obtenir la restitution de la chose. Au contraire en « trespass » et « trover », le demandeur n'était pas obligé d'accepter la restitution et le seul remède du demandeur qui voulait rendre la chose était de s'adresser à la Cour pour qu'elle exerça son pouvoir discrétionnaire d'ordonner la délivrance de la chose.

Après quelques hésitations les Cours acceptèrent de donner de tels ordres dans des cas où il était juste d'obliger le demandeur à accepter la restitution (*Tucker v. Wright*, 18^e).

En droit moderne probablement si le demandeur poursuit en restitution il est obligé d'accepter la chose, comme autrefois en « detinue » ; mais s'il choisit de poursuivre simplement pour la valeur de la chose (c'est-à-dire suivant les actions de « trover » et « trespass ») il est laissé à la discrétion de la Cour si et dans quelles conditions l'action sera permise en cas d'offre de rendre la chose par le défendeur.

« Injunction » comme « specific performance » est un moyen essentiellement « equitable » donc dépendant de la discrétion de la Cour.

En cas d'immeubles il sert à protéger la possession contre tous troubles qui ne comportent pas dépossession mais gênent l'exercice ou jouissance de cette possession.

L'« injunction » peut être « prohibitory » ou « mandatory » perpetual » ou « interlocutory ».

Pour les meubles elle ne semble pas utilisable.

Ce qui ressort de l'étude des moyens de protection possessoire anglais c'est que le possesseur est extrêmement protégé au point de vue du remboursement et de la facilité de demander des dommages et intérêts.

D'abord en cas de simple trouble, même sans dommages causés il peut recouvrer des dommages, l'action de « *trespass* » est tellement large qu'elle peut couvrir tous les cas possibles.

En cas de dépossession il est sûr, à peu près dans tous les cas de recouvrer la valeur de son droit ou la valeur de la chose. Que l'acquéreur soit de bonne ou mauvaise foi ou que le possesseur agisse avec ou sans droit, il est sûr d'être remboursé soit par l'une soit par l'autre des personnes, parties à la dépossession dans le cas de transferts successifs puisqu'il a des actions contre toutes sauf dans les exceptions des trois cas rentrant soit dans ceux couverts par le « *Factor Act* », 1889, soit des ventes en « *market overt* » et des billets de banque reçus en paiement ou de toute autre façon lorsqu'il y a « *consideration* » et soit enfin qu'il s'agisse des effets de commerce reçus de bonne foi pour « *consideration* » sans connaissance du défaut de titre de celui qui transfère. Exceptions qui sont beaucoup plus restreintes que celles couvertes par l'exception des choses volées et perdues des continentaux.

Par contre la faculté de revendiquer la chose ou plutôt de se la faire rendre est plus limitée et plus difficile à obtenir que sur le Continent¹.

1. Avant de conclure il paraît utile :

1^o De voir comment l'importance de la notion de la possession a été comprise par certains auteurs anglais.

Sur l'importance de la notion de possession en quelque système de droit que ce soit, tous les juristes de tous les pays sont d'accord pour la considérer comme primordiale.

Les jurisconsultes continentaux Pothier et Savigny en tête en se basant sur le Digeste 41.2.3.21 y voient comme qualité fondamentale le fait qu'elle permet l'acquisition de la propriété de la chose d'autrui. Pothier fonde sur cette propriété sa définition de la possession et Savigny en fait, avec l'obtention des interdits, la base de la sienne. Il est donc intéressant de voir ce qu'en disent des écrivains tels que Bentham et Pollock.

Le premier dans sa *General view of a complete code* dit : « Tout ce qui es

le plus précieux pour un homme, sa propriété, sa liberté, son honneur même et sa vie peut dépendre de la question de savoir s'il y a possession ou non. En effet en cas de défense de ma possession je peux légitimement blesser, frapper et même tuer si nécessaire. Mais la chose était-elle en ma possession ? Avec la meilleure volonté du monde je peux me trouver coupable du plus grand crime ». Il est manifeste que pour Bentham toute la valeur de la nécessité d'une possession nettement définie repose sur une distinction de droit civil et pénal.

Sir F. Pollock au début de son livre qui fait autorité en matière de possession, lui aussi, indique que la possession a été et est encore d'une importance critique pour définir la frontière entre délits civils et délits criminels, considérant ainsi comme primordial le rôle que joue la possession dans cette distinction entre droits civils que l'on peut légitimement défendre et leur violation qui entraîne des conséquences pénales. D'où vient donc cette insistance sur le point de vue pénal ? Il faut probablement le chercher dans l'esprit des droits primitifs où toutes sanctions sont d'abord pénales puis deviennent civiles à mesure qu'ils progressent et aussi dans l'origine féodale du droit anglais.

Sir F. Pollock donne en outre comme conséquence découlant de la question de la possession que autrefois dépendait d'elle le bénéfice d'avoir ou non des moyens de protection rapides et effectifs au lieu de moyens lents et défectueux ; et qu'en droit moderne elle permet de déterminer l'existence du droit à empêcher le trouble à la propriété c'est-à-dire de déterminer la personne qui a les créanciers en compétition et l'incidence de certaines taxes.

Sir F. Pollock ne parle qu'incidemment de la possession comme d'un fait ou d'un droit faisant acquérir la propriété mais il marque expressément qu'elle est une présomption de titre de propriété et même le plus souvent elle est équivalente à celle-ci.

2° D'énumérer rapidement les moyens de protection possessoires donnés par les Droits continentaux tels que les Droits allemand, suisse et espagnol, ce qui permettra une comparaison plus facile avec le Droit insulaire.

Le Code allemand ne mentionne pas la *possessorium summarissimum* qui existait dans l'ancien droit allemand ; il faut donc quant aux mesures provisoires à prendre durant l'instance recourir aux règles du Code de procédure civile.

La protection possessoire suivant ce Code est constituée par deux sortes d'actions :

a) action conservatoire donnée au possesseur troublé par voie de fait illicite tendant à la cessation du trouble et interdiction du trouble ultérieur (art. 862).

b) Une action récupératoire au possesseur dépouillé par voie de fait illicite et tendant à la restitution de la possession (art. 861). La loi donne un an pour agir du moment du fait donnant droit à l'action (art. 858 et 864).

L'exception *viii* est opposable si la possession est acquise dans l'année qui précède (art. 861-2, 862-2).

Le Code allemand distinguant la possession directe de la possession indirecte, il peut y avoir pour le même fait de trouble ou de dépossession des actions possessoires au profit de deux demandeurs (art. 859).

Mais satisfaction ne peut être exigée deux fois du défendeur pour le même fait. Il faut donc supposer que la demande introduite par l'une des personnes ayant droit à l'action empêche l'autre d'agir.

Suivant l'art. 863 les moyens de défense pétitoires sont exclus de ces actions ou même l'invocation du *jus possidendi* (art. 226 et 311).

Le droit de défense est limité (859-858-2).

Droit espagnol. — Le code espagnol qui reconnaît la division entre pétitoire et possessoire quant aux immeubles, suit le même système que le Droit français pour les meubles,

L'article 336 donne les actions contre tout trouble au possesseur.

De même l'article 348 n'accorde la revendication qu'au propriétaire.

Les règles quant à l'acquisition de la propriété au moyen de la possession sont sauf quelques détails les mêmes qu'en droit français. L'art. 1961 demande six ans pour la prescription; l'art. 1968 donne un an pour recouvrer et retenir la possession.

Droit suisse. — Le Droit suisse a aussi trois sortes de moyens de protection possessoire distincts du pétitoire :

a) Droit de défense privée (art. 926) qui semble être accordé aussi au simple détenteur puisqu'il comprend le droit de se remettre en possession immédiatement au cas de violence illicite.

b) Par les art. 928, 929 et 932, une action en cas de trouble à la possession, action qui se poursuit par un an, est accordée à tout possesseur.

c) L'art. 927 accorde la réintégrande en cas de dépossession et le déposseur peut plaider qu'il a un droit préférable au dépossédé. Et l'art. 932 en cas de revendication établit pour le possesseur la présomption qu'il a un droit préférable rejetant ainsi le poids de la preuve sur le demandeur.

Donc en cas de meubles le possessoire et le pétitoire se confondent.

CONCLUSION

La possession pour les systèmes de Droits qui se sont inspirés de la doctrine romaine, tel que le droit français, est une conception voisine de la propriété mais différente de celle-ci en ses modes de création, d'extinction, de protection et même de transfert. On peut dire qu'en général, le but de la possession c'est de conduire à la propriété indisputée et même sa fin principale.

La même idée directrice se trouve en droit allemand, bien qu'il y ait de grandes divergences entre ces deux Droits; quant à la théorie fondamentale de la possession le premier (a. 2228) suivant la théorie des jurisconsultes romains dont il a reproduit les grandes lignes exige le *corpus* et l'*animus* pour la possession, à la différence de la détention qui n'exige que l'élément matériel; il admet la possession des droits, la quasi-possession romaine (a. 2228) et dit aussi que l'on peut posséder par autrui ou par soi-même. Cette faculté de posséder par l'intermédiaire d'un autre s'applique aux deux éléments, *corpus* et *animus*; la conséquence en est que le possesseur pour autrui n'est jamais qu'un détenteur, en ce sens qu'il n'a pas droit aux moyens de protection possessoire; cependant on sait que la jurisprudence tend jusqu'à un certain point à recréer une possession *ad interdicta* au moyen de la réintégrande concédée au fermier (Ch. civ. 14 févr. 1912); des actions possessoires permises aux concessionnaires du domaine public tels que les Cies de chemin de fer, contre les tiers qui troublent leur jouissance (Req. 5 nov. 1867 et 9 déc. 1895). Enfin pour les droits mobiliers (Civ. 28 mars 1888) le dépositaire de titres au porteur, dépouillé de ces titres à la suite

d'un abus de confiance, pourra les réclamer non seulement à l'individu coupable du détournement mais même au créancier gagiste auquel ce tiers les aurait donnés en gage. Cette solution équivaut à conférer au dépositaire, simple détenteur précaire, le bénéfice de la protection possessoire, et sous le nom de la revendication l'équivalent de la réintégration.

Le code allemand et le code suisse, adoptant la théorie objective, font de la possession un pouvoir de fait, ne gardant l'*animus* que comme élément secondaire, et ainsi ils repoussent en principe la possession des droits quoique l'un et l'autre reconnaissent les actions possessoires en cas de servitudes foncières. Même le second admet la possession dans ce cas par exercice effectif du droit; tous les deux donnent la possession au possesseur pour autrui.

Le droit anglais part d'un tout autre point de vue, il n'y a pas de différence essentielle entre possession et propriété si ce n'est une question de degré de sécurité mais elles se créent, s'éteignent, se transfèrent, et se défendent de la même façon.

A la différence des droits précédents le pétitoire et le possessoire ne sont pas séparés tant pour les immeubles que pour les meubles. Tous les possesseurs ont droit à la protection possessoire, à l'exception du serviteur.

Au point de vue théorique la doctrine anglaise se base sur la notion particulière de réputation ou apparence de droit tout en exigeant un élément matériel *corpus* et un élément subjectif *l'animus excluendi*.

Dans tous ces systèmes juridiques on trouve une présomption de propriété du chef même de la possession : affaire *Armory v. Delamare*; a. 2279 C. c. fr. a. 932 C. c. suisse; 464 C. c. espagnol; a. 687 C. c. italien; a. 1008, C. c. allemand. La possession est opposable à tout étranger, mais là s'arrête la ressemblance.

La règle de l'article 2279 du Code civil français remplit la fonction protectrice de l'immatriculation foncière pour les immeubles et fait prédominer le fait apparent et public dans l'intérêt des tiers. Cet article a un double rôle; un

rôle probatoire quant à la preuve de l'existence de titre et il comporte en même temps une règle de fond quant à l'existence d'un mode d'acquisition ou de transfert de possession. A ce point de vue la doctrine et la jurisprudence françaises diffèrent ; pour la première fois c'est uniquement une règle de fond, un cas spécial d'acquisition *lege* et elle a une valeur probatoire dans tous les cas où elle cesse de fonder une attribution du droit. Pour la jurisprudence c'est une présomption de titre, car il lui a paru difficile et contre les principes traditionnels en matière de propriété de dépouiller le propriétaire au profit d'un acquéreur de bonne foi sans doute mais sans titre valable et n'ayant pas traité avec le véritable propriétaire.

En plus des conditions exigées par l'article 2229, le possesseur arguant de la règle de l'article 2279 pour repousser une action en revendication doit être de bonne foi ; cette bonne foi est toujours présumée (art. 2268) et suivant le droit commun n'a besoin d'exister qu'au moment de l'entrée en possession ; il n'est pas nécessaire qu'elle persiste ensuite (art. 2269). C'est au demandeur à faire la preuve de la mauvaise foi, preuve qu'il peut faire par tous les moyens possibles ; mais le possesseur n'a pas à prouver, un titre, ni même à en alléguer un ; il est vrai que la bonne foi suppose un titre, un juste titre, mais ce juste titre n'est exigé que comme élément constitutif de la bonne foi au lieu d'être une condition indépendante et spéciale.

Il en résulte : qu'un simple titre putatif est suffisant et que si l'*accipiens* abuse du vendeur, mais le croit le vrai propriétaire, le tiers revendiquant ne pourra arguer de dol, la bonne foi ici vise seulement à la croyance au titre du *tradens* et ne touche pas à la validité du transfert.

Le droit allemand au contraire exige le juste titre en plus de la preuve de la bonne foi et la présomption de l'article 1006 de ce code n'est pas une présomption absolue comme celle de l'article 2279. Le demandeur, dans les deux droits, peut prouver la mauvaise foi, mais en outre le demandeur allemand peut alléguer le défaut de titre, car en droit allemand le contrat réel de transfert comme à Rome com-

prend un double élément, contractuel et réel; un accord créant une obligation de transfert et un accord réalisant le transfert.

Ces deux droits ne sont pas si loin l'un de l'autre, la jurisprudence française par son application de la règle que la possession ne doit pas être équivoque, tout en gardant le principe de la présomption de titre, mais pour éviter les fraudes, on arrive à admettre que cette présomption n'est plus que relative et qu'il suffit que l'attitude du possesseur apparent et actuel laisse un doute quelconque pour qu'elle permette un retour au droit commun de la preuve.

Cette jurisprudence française est empirique quant aux limites d'admissibilité de la preuve contraire et des éléments de préférence respective aux possessions en conflits. La jurisprudence se considère comme ayant le champ libre pour déterminer non seulement quand la preuve contre la présomption de titre est admissible mais aussi pour déterminer les degrés d'application du texte. Ce qui a permis à M. Saleilles de dire qu'en matière de meuble il n'y a que des possessions de qualités différentes et que la jurisprudence revient en fait au système du moyen âge et de la publicienne.

En droit anglais en cas de conflit entre possesseur naturel et possesseur avec titre, c'est ce dernier qui l'emporte ou autrement dit le revendiquant peut opposer le défaut de titre et la bonne foi n'est d'aucune défense (*Hollins v. Fowler*) pour le possesseur, sauf pour les exceptions à la règle que les choses perdues ou volées peuvent être revendiquées dans toutes les mains où elles se trouvent; règle qui se trouve dans tous les systèmes de Droit.

Sur le continent l'exception porte sur l'argent, les valeurs mobilières et toutes choses perdues ou volées, acquises dans un marché public, ventes aux enchères ou toute place où se vendent des choses semblables ordinairement. En Angleterre l'exception ne s'applique qu'à l'argent et aux choses perdues et volées, transférées dans certains marchés très délimités, aux cas de ventes aux enchères et de vente par un agent commercial.

Il faut aussi noter qu'en cas de vols successifs de la même chose d'abord aux dépens du propriétaire puis d'une autre personne, même acquéreur de bonne foi, en droit anglais, le propriétaire a les actions contre chaque personne, partie à la dépossession.

En droit allemand l'article 1008 du code allemand ne donne l'action qu'à la victime du vol réduisant ainsi la chaîne à un seul chaînon. Il en est de même en droit français où le propriétaire est complètement dépouillé si un seul des acquéreurs fut de bonne foi.

L'article 2231 du Code civil français énonce une présomption de non-interversion de titre pour celui qui a commencé à posséder pour autrui et l'article 2240 empêche de prescrire contre son titre. On ne trouve pas de textes analogues en droit allemand et une déclaration du dépossessionnaire à cette fin est jugée suffisante, si elle n'est pas contestée, tandis qu'en droit français il faut une contradiction, un conflit effectif avec le droit du propriétaire pour faire courir les délais des prescriptions.

Cette différence se conçoit fort bien, attendu qu'en droit français une fois l'interversion de titre consommée tout est fini il faut donc être plus difficile pour l'admettre alors qu'en droit allemand elle est acceptée plus aisément car il reste au revendiquant la faculté de combattre la présomption par le défaut de titre.

Dans le vieux droit anglais il semble que, suivant les règles du droit féodal il était impossible pour un possesseur de terre pour autrui de changer son titre ; pour une facilité de procédure, la doctrine de « disseisin at election » fut introduite afin de permettre l'utilisation de l'action « assise of novel disseisin » ; et avec le temps, l'origine de la règle et son esprit ayant été oubliés, il en est résulté la règle inverse qu'il était possible à un possesseur pour autrui d'intervertir son titre. Ce droit fut consacré pour les immeubles par le « Statute of limitation » de 1833, ensuite par analogie des règles similaires furent appliquées aux meubles et il semble qu'il en soit comme en droit allemand : le revendiquant doit se trouver non seulement

devant une opposition à son droit, mais aussi qu'il ne puisse plus se servir du défaut de titre chez le dépossédant (*Granger v. George*).

Il est vrai qu'une autre décision *Wilkinson v. Verity* décide le contraire en cas de fraude mais peut-être peut-on concilier ces deux décisions en remarquant que la différence n'est que dans l'application du point de départ du délai de prescription qui probablement en cas de fraude ne peut commencer à courir que du moment de la découverte de la fraude et jusque-là le revendiquant peut prouver le défaut du titre.

Au point de vue des moyens de protection possessoire des meubles, il n'y a en droit français, à proprement parler qu'une action : la revendication qui est tout à la fois possessoire et pétitoire.

En droits allemand et suisse il y a coexistence des deux sortes d'actions : les actions possessoires réintégrande et de trouble et aussi une revendication de possession en plus de la revendication de propriété proprement dite.

Une multiplicité d'actions se trouve aussi en droit anglais Cette multiplicité s'explique par leur origine, elles ont été créées au fur et à mesure des nécessités. Elles sont très nombreuses et protègent toutes sortes de troubles possibles à la possession et sont utilisables aussi bien contre le possesseur de bonne foi, sauf de rares exceptions, que contre celui de mauvaise foi. La revendication de possession ou de propriété est très limitée dans certains cas puisqu'elle est laissée à la discrétion de la Cour et dépend de son bon vouloir. Mais le droit au remboursement de la valeur de la chose est beaucoup plus large que sur le continent.

En droits allemand et anglais les actions possessoires appartiennent à tous les possesseurs alors qu'en droits suisse et français, les possesseurs pour autrui sont obligés d'avoir recours à un moyen détourné, de revendiquer en se prévalant de la présomption de propriété de leur auteur, ce qui évite le conflit entre plusieurs actions.

En conclusion on peut dire que les systèmes continen-taux protègent en premier lieu le crédit ; surtout le système

français par une simplification peut-être un peu extrême heureusement corrigée par les applications des règles et leur interprétation par la jurisprudence qui en fait un instrument plus souple qu'il ne le paraît.

Le système allemand au moyen de règles très minutieuses détaillées et au prix d'une grande complication n'apporte pas beaucoup plus d'avantages que le premier.

Le système suisse semble un moyen terme entre la technicité du droit allemand et la simplicité française.

Le droit anglais tend au contraire à assurer le plus possible la protection du propriétaire même au détriment du crédit et de la sécurité nécessaire aux transactions commerciales car le propriétaire est à peu près assuré d'avoir au moins droit au remboursement de la valeur de la chose dans tous les cas puisque cette section si particulière du Sale of goods Act lui permet même de recouvrer la propriété en cas de condamnation du voleur et même aux dépens d'un acquéreur de bonne foi.

Vu : *Le Doyen,*
Edgard ALLIX

Le Président de la thèse,
LÉVY-ULLMANN

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris :
S. CHARLÉTY.

APPENDICE

TERMINOLOGIE

La terminologie est toujours une question fort épineuse en toute matière mais dans celle qui nous occupe elle est rendue particulièrement confuse par sa proximité et sa laxité¹.

1. Pour trouver un fil d'Ariane qui puisse servir de guide dans ce labyrinthe, il paraîtrait logique de choisir comme base et comme point de départ le droit romain, quoique les textes prêtent beaucoup à la discussion surtout le fragment 1.1.9, et de s'appuyer sur les trois catégories de possessions admises par la plupart des auteurs modernes, ainsi que sur la théorie historique de M. Riccobono qui est acceptée à peu près sans discussion et dont l'exposé pourra servir à montrer une comparaison intéressante avec la genèse d'un droit aussi particulariste que le droit anglais. Ce sera aussi une aide pour en comprendre et analyser les points obscurs, car tous les systèmes de droit si différents qu'ils puissent être sont des créations humaines et se heurtent à leur commencement à des difficultés semblables et ont à peu près les mêmes problèmes à résoudre. Comme l'éternel humain ne change guère à travers les siècles, on se trouve en présence d'une répétition du passé quoique avec des variantes dues aux circonstances environnantes plus ou moins semblables; c'est ce qui a été si bien exprimé par l'image bien connue de la spirale de Vico.

On admet, en général, en droit romain par simplification des nombreuses expressions rencontrées dans les textes et des sens différents qui leur sont donnés qu'il y a trois classes ou pour mieux dire trois degrés de possession :

1° La *possessio naturalis* ou *corporalis* qui, par opposition à la *possessio ad interdicta* et à la *possessio civilis* désigne la possession matérielle le simple fait de la détention, la relation corporelle qui n'est pas reconnue ni du droit civil ni du droit prétorien. Ce n'est pas dire que le droit nie le fait matériel, puisque au contraire, il en tire des conséquences.

2° La *possessio ad interdicta* qui est la relation de possession reconnue par le *jus honorarium* lorsqu'elle est munie de protection juridique au moyen des interdicts. Elle comprend donc la possession matérielle plus les interdicts.

3° La *possessio civilis* qui est la possession complète et parfaite dit M. Riccobono. C'est la possession acquise par une cause reconnue du *jus civile* ou qui la rend capable d'opérer dans la sphère du droit civil. Autrement dit capable de produire des effets civils, elle consiste en la *possessio-corporalis* plus la *possessio ad interdicta* plus une *causa*.

Selon M. Riccobono ces trois catégories existaient à l'époque classique et furent ramenées à deux seulement : *possessio naturalis* et *possessio civilis* lors de la fusion du droit civil et du droit prétorien par Justinien; mais

Ce qui rend la difficulté encore plus grande est que même en droit anglais moderne la terminologie est restée vague, diffuse

ensuite la deuxième, la *possessio ad interdicta* fut réintroduite ou peut-être est-ce tout simplement qu'elle ne cessa jamais d'exister en pratique. Car la pratique change difficilement et lentement, beaucoup plus lentement que la théorie et quelquefois continue en sous-main d'anciennes règles qui se sont révélées commodes et utiles, sans se soucier généralement de savoir si elles concordent avec les principes d'école. Ce n'est que plus tard que l'on cherchera à les légitimer soit par des motifs plus ou moins inventés et plus ou moins logiques et satisfaisants, soit par des raisons historiques découvertes ensuite.

A l'époque byzantine, les textes ne sont pas très faciles à mettre d'accord : les uns montrent les trois possessions, d'autres deux. Mais il faut remarquer que la protection de la possession est plutôt pénale que civile ce qui explique pourquoi, à une époque troublée, les interdicts tombèrent un peu en désuétude et à leur place s'appliquèrent la loi *Julia de vi* et surtout la Constitution de Valentinien, Théodose et Honorius a. 389 cod. 844.7, th. 4.21.3 qui avait sur l'*interdit unde vi* l'avantage de procurer le retour de la possession perdue et punissait par la perte de la propriété ou de la valeur de la chose l'envahisseur du fond ou celui qui avait soustrait par violence des meubles. Il est intéressant de noter dès maintenant que bien que les circonstances actuelles anglaises soient très différentes de celles qui existaient à l'époque byzantine le droit anglais incline d'une façon très marquée non seulement à voir d'abord les choses du côté pénal mais aussi à employer de préférence les moyens de droit public à ceux de droit privé; probablement en souvenir d'une époque troublée antérieure puisque aujourd'hui c'est le pays le plus policé du monde. Peut-être aussi ces règles furent-elles conservées à cause de leur énergique efficacité et comme satisfaisant pleinement les goûts réalistes de la race.

De même que le droit de l'époque byzantine, le droit primitif anglais ne connaissait que deux sortes de possession : la possession naturelle et la possession civile mais peu à peu apparaît une tendance à diviser la première suivant les deux classes habituelles, possession complète et parfaite équivalente ou à peu de chose près de la propriété et possession *ad interdicta*. Mais il faut noter par contre, alors qu'en droit romain le principe primitif visait à la restitution de la chose, en droit anglais, c'est le droit au remboursement qui primait; règle qui dans les droits modernes s'étend de plus en plus aujourd'hui.

L'avantage de la théorie de M. Riccabono est de terminer la querelle de Savigny et de Ihering en les renvoyant dos à dos. Plus n'est besoin d'une part du système bâtard de la possession dérivée pour expliquer les cas exceptionnels ou les détenteurs ont les moyens de protection possessoires d'autre part il n'est pas nécessaire d'accuser les Romains comme le fait Ihering d'avoir sacrifié à l'imbécillité humaine pour ces cas qui ne sont que des survivances historiques.

Si nous jetons un coup d'œil sur les droits continentaux modernes tels que les droits français, italien et espagnol basés en majeure partie sur le droit romain nous y retrouvons la terminologie latine et ses mêmes notions avec cette différence entre eux que le droit espagnol suivant de plus près son modèle a laissé au créancier gagiste la possession et les moyens possessoires 1.1869 cod. tandis que les Français en ont fait un simple détenteur. Les Espagnols n'accordent aussi l'action qu'en cas de troubles de fait au fermier ou au locataire qui de cette façon reste donc un détenteur a. 1560 code espagnol. Il est curieux de constater en jurisprudence française un réveil de la possession

et est même des plus embrouillée. Non seulement un grand nombre d'expressions différentes sont utilisées dans les livres et textes mais, de plus elles ont tantôt prises les unes pour les autres ou d'autres fois employées dans des sens très différents l'un de l'autre.

Nous trouvons en premier lieu le mot, possession¹, pris dans

ad interdicta au profit du fermier (arrêt de la ch. ci., 14 fév. 1912) accordant la réintégrande au possesseur pour autrui en cas d'immeubles et en cas de meubles, Douai, 20 juin 1892, n. 6. 92 civ. 1898. La jurisprudence admet aussi que le créancier gagiste et le dépositaire peuvent opposer leur possession au tiers revendiquant et même que le dépositaire peut réclamer la restitution des choses déposées qui lui auraient été soustraites, civ. 28 mars 1888, n. 6.88. M. Capitant explique cette jurisprudence par les besoins de la pratique, seul fondement d'après lui de la règle de l'a. 2279, C.c. f.

En droit allemand, le code plus moderne que le nôtre, prétendant tracer une voie plus logique et plus adaptée aux besoins et nécessités de notre temps ne donne pas une définition nette de la possession mais on y rencontre les notions de possession immédiate a. 851, de possession médiate a. 868 et de détention a. 855 *oncustodia*.

A première vue, ici détention et possession sont réunies en un seul concept : possession qui donne droit aux actions possessoires. Cette possession comprend elle-même trois classes : possession médiate ou directe qui est la possession proprement dite avec tous ses avantages légaux c'est-à-dire la possession *propiété* quand elle appartient à un possesseur qui peut l'opposer à tout le monde mais comme elle est aussi donnée au possesseur pour autrui dans ce second cas elle correspond à la possession *ad interdicta*. La possession médiate ne diffère de la précédente que par l'absence de détention matérielle de la chose et en outre de ne pouvoir être opposée au possesseur immédiat que dans certains cas. Cette notion de possession médiate est fort utile à comparer avec le « right to possess » anglais pour lequel elle nous fournit une traduction à peu près parfaite de même que celle de possession immédiate ressemble d'une façon extraordinaire à la possession insulaire dans son sens général. La 3^e classe que l'on trouve en droit allemand est la détention subordonnée ou peut être mieux nommée *custodia* c'est celle du serviteur ou de ceux qui lui sont assimilés. Quoique les allemands prétendent enclorre en un seul concept possession et détention, ils les différencient pourtant au point de vue de la défense possessoire qu'ils refusent à la seconde.

Le droit suisse dont on peut dire qu'il a fait l'heureux amalgame de la science allemande la simplicité et la logique française donne aussi des notions similaires, arts. 919. 920, 931.

1. C'est le même mot, passé du latin dans les langues qui en dérivent, qui dans ces dernières sert à désigner la même notion. En italien « possesso » en espagnol « posesion » en français « possession » d'où les Anglais l'ont pris sans même en modifier l'orthographe. En allemand et hollandais il a été traduit littéralement suivant M. Cornil qui adopte l'explication de Labéon pour l'origine du mot possession; de « sedere » renforcé par le préfixe « por » dans les langues germaniques on aura donc « zitzen » et « sitten » renforcé par le préfixe « be » d'où « besitz » et en conséquence il accepte pour le mot le sens vulgaire qui lui est donné dans tous ces pays : celui de s'être établi dessus, ou encore d'en avoir le contrôle apparent. En bref, pour cet auteur la possession c'est le pouvoir apparent qu'une personne a sur une chose.

Ce sens général et cette origine ont été admis à peu près sans discussion par tous les juristes et historiens tant du continent que d'autres pays à l'exception de M. Bonfante qui fait des réserves et montre que chez les Ro-

un sens très général englobant la possession civile et même la détention, cette expression a pour équivalent : « to possess » ou « to be in possession ». En fait un homme est dit avoir possession d'une chose au sens vulgaire quand il en a le contrôle apparent. C'est le fait apparent qui est primordial. Il ne faut pas oublier que le droit anglais est d'origine empirique et que par conséquent il insiste davantage sur l'apparence des choses et s'en sert comme base d'une façon très générale.

Cette expression, possession, si vague au sens vulgaire, a été admise par la jurisprudence, et par elle, par la loi, comme base et point de départ. Mais outre celle-ci nous en rencontrons d'autres qui montrent des conceptions plus nuancées : « possession » et « seisin », « propertie » et « proprietate probanda », « physical »

mais il n'y avait pas comme dans les pays modernes cette grande divergence entre la langue juridique et la langue ordinaire que l'on y rencontre actuellement. Il est vrai que l'on pourrait arguer que ceci ne fut vrai chez les Romains, absolument vrai, que jusqu'à l'époque classique. Par contre certainement à l'époque byzantine on a connu ce divorce entre les deux langues

D'un autre côté, M. Bonfante base encore sa réfutation sur le mot possession en passant du latin dans les langues dérivées a subi une altération analogue à celle du mot « fides » ; le concept, dit-il n'est pas changé radicalement mais s'en est éloigné, est devenu plus vague et peut s'appliquer aussi bien à une chose, avec confusion du droit et de la chose sur laquelle il porte qu'à une chose différente comme la détention ou la propriété.

M. Bonfante maintient donc que la traduction du mot latin *possessio* par possession, « possesso », « posesion », « besitz », est aussi inexacte que celle de « fides » par « glaube » ou « treue » en allemand ; à son avis, le terme qui conviendrait le mieux pour traduire *possessio*, serait celui de « signoria » ou « dominazione » en italien ce qu'il faudrait traduire en français par maîtrise, pouvoir, domination ou puissance. La *possessio* serait donc un terme parallèle à la « potestas » mais dans un autre ordre d'idée.

M. Bonfante, en étudiant les textes sur lesquels il établit son affirmation après avoir admis ainsi qu'Ihering qu'en latin, langue pauvre en termes abstraits, il n'y a pas de mot pour le concept de détention et qu'on y emploie des verbes et expressions verbales à sa place, ajoute, que la détention ne peut pas être le point de départ de la possession car la théorie possessoire fut primitivement foncière, son argument le plus frappant est l'extension subséquente des interdits aux meubles. Si la détention avait été la base de cette théorie, les meubles chez qui la détention en ses nombreuses figures juridiques a le plus grand développement représenterait le *summum* de la théorie possessoire ; mais au contraire tout le régime possessoire est un régime foncier. Le terme *possessio* indiquait même originairement le fond lui-même.

Il résume ainsi sa théorie : « La possession doit éliminée du *jus in re* et du rapport obligatoire parce que l'un et l'autre délimite également le contenu de l'usage, excluent la domination pleine et autonome et la possession ne signifie pas le rapport matériel avec la chose mais bien la puissance exercée. (*Il punto de parienza nella teoria romana del possesso*).

Nous devons noter combien cette théorie est intéressante à mettre en regard de la théorie de Sir Fred. Pollock sur la possession qui pour lui (voir *supra*) est le contrôle effectif d'une chose avec le pouvoir d'en exclure les autres.

ou « natural possession » et « légal possession », « lawful possession » et « wrongful possession », « trespassory possession », « possession in law », « custody », « possession of the law », « actual », « apparent », « formal possession », « justifiable possession ».

Nous allons en premier lieu expliquer ces expressions puis nous essaierons de déterminer quelles sont en fait les diverses catégories pratiquement reconnues ressortant de cet ensemble touffu.

Il nous faut d'abord faire l'historique des notions de « seisin » que nous appellerons désormais, saisine, et de « possession » et souligner une remarque importante : c'est que dans tout droit primitif la distinction de la propriété est difficilement faite d'avec la possession, pour deux raisons : 1^o chez un peuple primitif ce qui compte c'est l'état de fait apparent; les idées et théories abstraites que nécessite la différenciation de ces deux concepts ne peuvent naître que dans un état de droit déjà avancé; 2^o dans une communauté réduite comme le sont toutes nations commençantes, chacun sait ce qui appartient à son voisin, les difficultés de preuve ne se produisent qu'avec l'augmentation du nombre de choses susceptibles de propriété et l'accroissement de celui des possédants par l'agrandissement des villes et l'extension des nations entraînant des déplacements et faisant que tout un chacun ne connaît plus ni son voisin ni ce qui lui appartient. Enfin une ultime raison c'est le manque de moyens de droit protégeant celui qui ne possède pas de fait. C'est ainsi qu'aux yeux des juristes du moyen âge la propriété sans la possession paraissait si faible et si précaire en raison du manque de moyens pratiques pour recouvrer la propriété à cette époque, aussi bien pour les meubles que pour les immeubles, que dans le « Abridgment » de « Brooke »; il est dit sans distinction : « *propertie* » et « *proprietate probanda* ».

A cette époque la possession occupait largement le terrain réservé à la propriété.

L'idée germanique et franque du droit réel de saisine fut importée en Angleterre par la conquête normande; suivant elle la jouissance est l'essence même de la propriété; la saisine donc, est bien la forme apparente du droit réel qui n'est conçu, défendu, transféré, éteint que sous formes de saisines. Ceci est flagrant dans les modes de transferts anglais (« conveyances ») : « feoffment », « livery », etc... tout est formaliste.

« Seisin » est un terme technique qui dénote l'accomplissement de cette investiture par laquelle le « tenant » était admis dans la tenure et sans laquelle aucun « freehold » (franc alleu) ne pouvait être constitué ou être transféré (Feud lib. I tit. 25 lib. 2. tit. 2. Craig. lib. 9 tit. *sciendum est feudum sine investitura nullo modo constitui posse.*)

De plus la saisine est un concept féodal qui comprend non seulement la substance, mais même le nom de la propriété, car il n'y a pas d'autre propriété et il ne peut pas y en avoir d'autre.

Il n'y a pas de tenures de meubles qui sont *res vilia* et pour les immeubles, saisine égale possession. Saisine et possession furent donc souvent confondues au début quoique ensuite en règle générale la première fut réservée aux immeubles et la seconde aux meubles. Mais comme pendant le moyen âge ceux-ci n'avaient que peu de valeur et n'existaient que sous la forme de ceux qui restaient toujours sous la main du propriétaire, la notion de possession pour eux n'apparaît vraiment que lorsque leur valeur fut reconnue avec le développement du commerce aux xiv et xve siècles.

Cette notion de possession fut introduite après Henry II sous l'influence du droit romain. Cette même influence combinée avec les nécessités pratiques du commerce ont importé l'idée de propriété absolue complète pour les meubles. Ce que les Anglais appellent la « Personal property » par contraste avec la « real property » car le roi est toujours considéré comme ayant le domaine éminent sur toutes les terres.

Glanvil (xii^e s.) appelle « saisina » la possession des meubles et dit que le créancier-gagiste peut avoir la saisine de son gage mobilier *cum itaque res mobiles ponuntur in radium ita quod creditori inde fiat sei-sina* (lib. 10 cap. 6) Bracton et Fleta, des siècles suivants, emploient les mêmes termes sans discriminer, mais Bracton distingue pourtant « being in seisin » et « being seised » c'est-à-dire possesseur et possédant. Ces exemples montrent quelle confusion régnait à cette époque et ainsi que le remarque Sir F. Pollock le terme possession n'a pas de sens bien déterminé en droit, et d'ailleurs on ne trouvera à aucune époque un titre se rapportant à la possession *eo nomine*.

Les catégories historiques du « Common Law » ont souvent été déterminées par la procédure et les moyens de défense plus que par les droits¹.

On retrouve cette influence prépondérante des formes des actions dans l'étude des moyens de protection possessoires, car le droit anglais a gardé une procédure formaliste jusqu'au siècle dernier. Ce qui explique en partie cette terminologie si riche et si vague. La notion du droit variant avec les circonstances qui permettaient d'employer telle ou telle action suivant le cas ou les extensions qu'on avait pu leur donner. « Physical possession » et « legal possession » sont les deux expressions suivantes

1. Cette théorie qui fait naître les actions avant les droits est aussi celle de M. Collinet en droit romain.

qui se proposent à l'examen. La première paraît être équivalente à première vue à notre détention et elle est très souvent employée pour indiquer le simple fait matériel d'avoir la chose en main mais elle sert aussi à indiquer un contrôle physique effectif de la chose, d'ailleurs elle a comme synonyme « natural possession » ou « de facto possession » et ces deux derniers termes eux aussi sont employés pour indiquer tantôt le fait matériel lui-même, tantôt ce que Pothier entendait par possession naturelle c'est-à-dire la *possessio pro possessore* vicieuse ou non avec titre et mauvaise foi.

« Legal possession », en principe, veut dire la possession parfaite la possession civile, mais elle peut aussi indiquer ce que l'on entend par possession naturelle ou possession *ad interdicta*.

Il va suffire de parcourir rapidement quelques auteurs pour se rendre compte de la confusion de langage.

Bentham essaye de distinguer la possession physique de la possession légale et pour ce faire il remarque que la première n'a pas besoin d'aucun droit pour qu'elle puisse exister. « C'est un fait, dit-il et ce peut être la possession de la chose même, et il ajoute, « on peut ainsi posséder une chose aussi bien que le service d'un homme. Quant à la possession légale elle est une création du droit et ne peut exister sans lui. » Il paraît difficile d'admettre même une possession de fait sans Droit pour la protéger ou alors il faut la considérer comme un fait n'ayant aucune conséquence en droit. On a essayé de soutenir cette théorie de Bentham en montrant l'analogie avec ce qui s'est produit avec les droits de reproduction, marques de commerce, etc., avant qu'ils n'aient été protégés par la loi. Avant l'octroi de cette protection ils étaient hors de la sphère du droit et la preuve en est que n'importe qui pouvait dépouiller son voisin impunément. Quant à la possession des services d'un homme, elle ne peut être conçue que dans un droit uniquement féodal et même maintenant en droit anglais subsiste seulement la possibilité de posséder le droit au service d'un homme.

Bentham en continuant son explication se contredit lui-même¹. « Avoir, dit-il, la possession physique d'une chose c'est avoir un certain rapport avec cette chose, rapport qui s'il plait au législateur peut tenir lieu d'une cause génératrice de droit sur cette chose. Avoir la possession légale d'une chose c'est avoir un certain droit sur cette chose soit par possession physique, soit autrement. Voilà un essai de distinction bien peu clair et, comme le remarque Sir Edward Perry dans son introduction à sa traduction de Savigny, il y a une confusion manifeste d'a-

1. *General View of a Complete Code*, v. III, p. 186 et n.

bord entre la possession naturelle et possession civile. On ne voit pas très bien quelle différence juridique il peut y avoir entre un rapport qui peut créer des droits suivant qu'il est sanctionné par le bon plaisir du législateur et ce même droit alors qu'il est actuellement sanctionné par ce même législateur. Ce ne peut être qu'une différence historique ou chronologique mais point juridique. De plus Bentham confond aussi un droit avec l'objet de ce droit lui-même.

Wright dans son exposé complétant le travail de Pollock remet un peu d'ordre dans ce gâchis juridico-philosophique. Le mot possession, dit-il, est employé quant aux meubles dans trois sens différents : 1^o pour indiquer la simple possession physique équivalente au *esse in possessione* ou possession naturelle du droit romain ou détention de Savigny. La loi quoique reconnaissant cet état n'en définit ni détermine les modes ni les conditions car tout dépend du pouvoir actuel physique de la personne assumant un tel contrôle de la chose. Ce dernier membre de phrase peut paraître étrange à première vue, mais il en est autrement quand on sait que la distinction entre possession et détention, dans certain cas en Droit anglais, dépend pour beaucoup du genre de contrôle physique exercé. 2^o Le mot possession est équivalent à la possession civile des romains; et ici il décrit un rapport légal entre une personne et une chose opposable à d'autres personnes. (Wright ne dit pas opposable à tous comme l'était la possession civile à Rome; mais nous avons vu que souvent la comparaison n'est pas toujours exacte¹); celle-ci ne peut exister sans la première et la loi en définit et détermine les modes de création et d'extinction, les conditions d'existence et les moyens de protection.

En outre, dit Wright, le mot possession servait autrefois dans les « Year-Books » à désigner le « right to possess ». C'est le deuxième sens du mot possession suivant notre auteur.

Nous sommes ainsi amenés à examiner ce que les auteurs anglais entendent par « right to possess », right to possession », « right of possession ».

Sir Fr. Pollock distingue tout d'abord les deux premières expressions que l'on peut considérer comme équivalentes de la troisième; cette dernière en général ne sert qu'à indiquer le droit à la possession matérielle, ce seul droit: il appartient donc à tous ceux qui ont la possession naturelle telle qu'elle a été définie et à ceux qui ont la possession immédiate le « right of possession » appartiendra donc au voleur, au *dejiciens*, aussi bien qu'au dépositaire ou gagiste et même au *verus dominus* quand il n'aura pas renoncé à son droit en faveur de quelque autre personne pour un temps déterminé. Le « right to possess » par

contre n'appartient pas au voleur ni au *dejiciens* (« squatter » ni au dépositaire simple mais un « right to possess » limité appartient au gagiste et surtout c'est ce qui reste au propriétaire dépossédé ainsi qu'au possesseur qui a renoncé pour un certain temps à sa possession soit par contrat soit autrement. Donc *a priori*, cette expression ressemble étrangement à la possession médiate allemande et ne devrait être employée que dans cette acception, ce serait une excellente simplification; mais malheureusement en raison des nombreuses confusions qui ont déjà été relevées soit entre possession et propriété, soit entre possession et d'autres droits presque équivalents, cette expression, comme le note Wright, a servi à désigner et a été considérée, même comme équivalente à la propriété ou à ce que l'on appelle « general property » terme qui (voir *infra*) tantôt sert à indiquer la possession, *generale* ou *mediale*, tantôt au contraire indique la propriété pure et simple. Le « right to possess » s'applique aussi à la « special property » quand elle est d'un caractère temporaire ou autrement spécial. Ce second terme en général désigne la possession spéciale du gagiste¹.

1. Pour expliquer et comprendre plus facilement ce que veulent dire ces termes déjà vus, il est plus simple de recourir aux exemples que donne notre auteur pour illustrer sa pensée. 1° Le propriétaire d'un cheval le donne en location pour un mois à un client qui le prête à un ami et celui-ci le confie à un domestique. Le domestique dit M. Wright a le droit général à la possession, droit qui est suspendu pour un mois; le client a le droit à la possession pendant un mois, l'ami à la possession comme dépositaire (« sub-bailee »), le domestique a la possession physique.

2° Une machine automatique appartenant à la Cie A. est placée par permission de la Cie B. sur un quai lui appartenant.

(Il est bien entendu que la propriété de la machine a été réservée par la Cie A.). La Cie B. a la possession matérielle de la machine et de son contenu, mais en droit, la Cie A. a la possession et en même temps la propriété et le droit à la possession. Dans le cas où la machine serait fixée au sol, le contenu de la machine serait possédé par la Cie A.

3° Un homme a une montre dans sa poche, ses rapports avec elle peuvent être : 1 la propriété, ou un droit de propriété (« property or right of ownership » écrit Wrigh, on devrait donc traduire propriété ou un droit de dominium); 2 le droit à la possession; celui-ci peut être ou non partie du droit de propriété, le propriétaire peut être temporairement privé du droit de possession, par exemple : s'il l'a louée pour un mois. Par contre, une personne qui n'est pas le propriétaire peut temporairement avoir le droit à la possession (à l'exclusion du réel pouvoir) s'il est le locataire; 3 la possession de celle-ci peut exister sans la propriété ou droit à la possession comme par exemple : quand l'homme a pris la montre par erreur, force ou vol; 4 la possession physique, celle-ci peut exister sans aucune des autres ou avec toutes ou simplement une d'entre elles aussi bien que n'importe laquelle des autres peut exister sans elle e. g. de détention du domestique portant une montre de son maître d'une pièce à une autre.

De ces exemples nous déduirons : Dans le premier cas que le droit général de possession appartenant au propriétaire ou possesseur *civiliter* c'est tout simplement le « right to possess » et que le droit de possession appartenant

Ce droit général de possession ou « right to possession » appartient toujours au véritable possesseur à celui qui peut opposer sa possession à tout le monde à moins d'un contrat par lequel il se serait séparé de sa possession pour un temps donné. Il n'est donc pas étonnant qu'il ait été quelquefois confondu avec cette possession elle-même et même la propriété quand les deux n'étaient pas nettement distinguées. Et il est facile de comprendre Mr Wright disant¹ : « le « right to possess » aussi appelé « constructive possession » est un des éléments de la propriété quoiqu'il puisse en être disjoint et appartenir à une autre personne ». On peut le comparer à la possession médiate allemande mais non l'assimiler complètement car il en diffère en ce qu'il peut appartenir à d'autres personnes que les possesseurs médiats : c. g. au possesseur immédiat (le terme étant pris au sens allemand) qui l'a aussi bien contre son possesseur médiate pour le temps fixé de sa possession que contre tout intrus (en face d'un sous-possesseur immédiat « sub-bailee » envers qui il serait lié par un contrat, il aurait une seconde possession médiate).

La fin du passage déjà cité fera encore mieux comprendre combien il a été aisé de prendre le droit de posséder pour la propriété : « les caractéristiques du droit de posséder, continue Mr Wright, sont : le droit général de disposer de la chose envers et contre tous, et ce droit peut être limité, conditionnel, suspendu à terme comme la propriété dont il copie les modes et les incidents » En fait, le « right to possess » serait ce que les romanistes appellent possession ce qui équivaut à la propriété sans le titre.

Le droit du locataire, du gagiste, peut être parfaitement traduit par la possession immédiate allemande. En droit français nous n'avons rien de comparable; notre possession pour autrui ne donnant pas droit en principe aux actions possessoires, mais dans certains cas on rencontre un droit analogue au droit appelé « right to possess », c'est celui qui appartient à la personne qui a acheté un objet mobilier sans que tradition en ait été faite, cette personne a le droit à la possession et elle peut l'exercer contre tous sauf l'exception de l'art. 1441. De même on peut y

au locataire dépositaire ou gagiste c'est ce même droit limité par un terme plus le droit à la possession de fait autrement dit la possession immédiate allemande : le domestique a la détention ou *custodia*.

Du deuxième, que la Cie A. a la propriété et le « right to possess » de la machine et de son contenu, la Cie B. n'a que la détention, dans le second cas elle a un « right to possess » limité et la détention du contenu.

Du troisième, il peut y voir : 1° une propriété et « right to possess » avec possession matérielle, ou 2° la propriété et « right to possess » sans possession matérielle d'une part et de l'autre côté un « right to possess » limité et une possession matérielle; 3° une possession naturelle (cas de vol, de violence ou d'erreur); 4° une simple détention.

1. *Possession and Trespass generally*, part. III, chap. I, § 8.

assimiler le droit du possesseur civiliter, déposséder par violence, vol ou de toute autre manière, contre sa volonté, quoique en général, on considère qu'il retient sa possession tant qu'elle n'a pas été acquise par un autre. On peut aussi citer le cas du nu-propriétaire, bien que, en principe, il soit considéré posséder par le moyen de l'usufruitier; ce cas serait un peu analogue au « reversionary owner » qui en général a le « right to possess ».

Le « right to possess » en outre a été quelquefois assimilé à la possession légale qui, ainsi que nous l'avons vu a été définie par Sir Fred. Pollock : un rapport légal entre le possesseur et une chose, pouvant exister avec, d'une part, le contrôle physique de la chose et en outre d'autres faits ou circonstances environnantes rendant l'exercice de ce contrôle légitime, mais aussi pouvant exister avec ou sans ce contrôle et avec ou sans une origine légitime. D'autre part il a été vu aussi que cette expression de possession légale est employée pour celle de contrôle physique, détention ou possession *de facto* que Sir Fred. Pollock définit un rapport actuel entre une personne et une chose; donc dans ce cas, c'est une question de fait.

Goodeve explique cette confusion de termes parce qu'autrefois l'action de « trespass » était le moyen de protection donné dans tous les cas aussi bien contre celui qui troublait la possession matérielle que contre celui qui troublait le droit immédiat à posséder. C'est ce qui, d'autre part, a permis à Beal dans son livre (« law of bailment ») de dire qu'en cas de « bailment » ou délivrance par transport, il n'y a pas de propriété absolue ni chez le « bailor » ni chez le « bailee » le premier ayant le « right to possess » et le second la possession actuelle.

« Lawful possession » et « Wrongful possession » ou quelquefois à la place de cette dernière « trespassory possession » sont des expressions qui doivent être distinguées, quoique souvent la 1^{re} couvre le terrain de la 2^e. La première expression veut dire, en général, une possession civile. Certains textes vont plus loin et demandent qu'elle soit légitime ou au moins excusable, c'est-à-dire que le vice ne soit pas irrémédiable contre un adversaire donné. La terminologie suivant les auteurs, cependant est encore très vague et flottante et le lecteur doit faire attention au contexte.

Son opposé est « wrongful possession » ou « trespassory ». Ces expressions étant souvent prises l'une pour l'autre quoique la première soit plus large que la seconde, le « wrong » étant le genre et le « trespass » l'espèce.

La « wrongful possession » ce n'est pas à proprement parler la possession illégale car elle est permise par la loi et même protégée jusqu'à un certain point : le voleur a une possession « law-ful » à un certain point de vue, par exemple en face d'une tierce

personne, ce serait alors la possession vicieuse des continentaux ou pour mieux dire on pourrait comparer les deux termes aux possessions *justa* et *injusta* latines.

« Possession in law » est par elle-même une expression encore plus large et même un peu vague. Elle est quelquefois employée par opposition à « possession in fact » ou *de facto*, donc dans ce cas elle est équivalente à possession légale.

Mais il est des auteurs comme Goodeve qui distinguent deux grandes classes de possession : *de facto possession* et « possession in law ». La première étant la simple possession matérielle ; dans la seconde, ils font rentrer toutes les catégories suivantes, ou pour mieux dire, toutes les autres : Une personne suivant Goodeve a la « possession in law » quand :

1^o Elle a la *de facto possession* et personne n'a ou ne peut acquérir sans son consentement le « right to possess ». (Ceci comprend le cas commun du propriétaire en possession.)

2^o Elle a la *de facto possession* et a l'intention manifeste d'exclure toute autre personne de celle *de facto possession* nonobstant qu'une autre personne a le droit à la possession, (ceci est le cas d'un voleur, en possession d'une chose volée ; il est manifeste qu'il entend exclure toute personne de la possession mais le propriétaire a droit à la possession.)

3^o Elle a la *de facto possession* avec le consentement du propriétaire. (C'est le cas du « bailee » ; un homme a loué ou emprunté un meuble ou il en prend soin ou il entreprend de le transporter pour le véritable possesseur ou il le détient en gage.)

4^o Elle a eu la « legal possession » dans n'importe lequel des cas mentionnés ci-dessus et a perdu la chose ou a cessé d'exercer tout contrôle effectif et personne d'autre n'en a acquis le *de facto possession* (ceci est le cas d'un homme qui a perdu un anneau dans sa maison ou du propriétaire d'une carrière cessant d'y travailler et y laissant ses outils). D'après cet auteur on pourrait considérer cette expression comme générique couvrant tout cas de possession reconnu par la loi.

Une expression assez particulière est celle de « possession of the law » quelquefois on dit aussi que les choses sont « in the custody of the law ». Ceci se produit surtout en cas de saisie de biens mobiliers « distress » et « execution ». Quand la saisie est faite par un propriétaire « landlord » les choses sont dites « in the custody of the law » et la possession en reste au saisi. Mais en cas de saisie par le « sheriff » celui-ci en a la possession (« possession of the law »). Cette dernière possession est ordinairement appelée « justified » parce qu'elle est considérée sans vices tant qu'il (le sheriff) ne commet pas d'abus de ses pouvoirs ; autrement il est soumis aux mêmes actions que tout possesseur dont la posses-

sion est entachée de vices en face du vrai possesseur, dans le premier cas (« distress ») le « sheriff » n'a que la *custodia* et dans les deux cas le saisissant n'a jamais la possession.

« Custody of the servant ». Maintenant cette expression est employée pour indiquer la simple détention matérielle du domestique ou des personnes qui lui sont assimilées, mais autrefois on reconnaissait la possession au domestique, des choses de son maître quand il était hors de sa maison ; celui-ci ne la retenait que lorsqu'il était chez lui ou accompagné de son domestique.

Aujourd'hui, dit M. Wright, le domestique n'a pas la possession mais une simple « charge », ou « custody ».

Par contre sir Fred. Pollock lui conteste même la possession *de facto* ou détention ne lui reconnaissant que le caractère d'instrument du maître pour exercer le pouvoir du maître.

« General property » et « special property ». Nous avons déjà vu que l'on entend en général par « general property » ce que nous appelons propriété ou dominium, la propriété pleine et entière romaine et nous avons vu aussi que cette expression n'a pas toujours gardé ce sens chez tous les auteurs ; mais elle l'a toujours en face de celle de « special property ». Ce dernier terme ainsi qu'il appert de la discussion à son sujet dans l'affaire « Attenborough c. Solomon », 1913 A. C. 76 est pris en représentation du droit appartenant au « bailee » (possesseur pour autrui avec possession. Maintenant cette expression prête à confusion par ces termes mêmes, elle donne l'idée d'une propriété alors qu'il ne peut s'agir que d'une possession ; mais ainsi que le remarque Sir M. D. Chalmers dans son ouvrage sur la « Sale of goods » l'emploi de « special property » est invétéré en droit anglais mais il aurait été plus clair de dire « special interest » (1916 *The Odessa*) gardant « property » pour *dominium* ou « ownership ». Et dit encore Sir M. D. Chalmers la « general property » sur les meubles peut être dans les mains d'une personne et la « special property » dans celles d'une autre, donc l'une et l'autre peuvent être transférées séparément, de plus la première peut être divisée entre plusieurs personnes mais la seconde ou « right to possession » comme il l'appelle aussi ne peut appartenir qu'à une seule personne. Donc pour lui « special property » signifie aussi le droit à la possession matérielle qu'une personne peut avoir dans certains cas, pour cela il donne comme exemples : le « lien » (droit de rétention du vendeur encore en possession et non payé) et ce même droit en cas du voiturier non payé. Il ne s'agit donc plus ici de « special property » au sens de possession médiate allemande sauf en cas du voiturier qui, en principe est un « bailee » for reward ». Cette distinction entre « general property » et « special

property » est importante au point de vue du droit des prises car les « Prize Courts » ne prennent en considération que la première.

Pour terminer cette longue énumération on rencontre encore les expressions moins importantes de : « bare possession » employée quelquefois dans le même sens que « actual possession » pour la simple possession de fait, et simple contrôle physique de la chose; ou au contraire la seconde peut signifier ce même contrôle physique associé avec le droit possessoire par contraste avec la « constructive possession ». Mais c'est un terme très ambigu, de toutes façons. Quant à l'« apparent possession » dit sir Fred. Pollock elle signifie la simple détention matérielle de la chose et ne donne en principe aucun droit, mais c'est une règle établie depuis longtemps que le possesseur apparent a les moyens possessoires contre tout étranger et celui-ci ne peut excuser une violation de possession en disant que l'autre n'a pas de titre ou que sa possession est vicieuse. Cette notion de possession apparente est utile en cas de conflit entre acheteur de bonne foi et créanciers de l'ancien possesseur. Mais ces questions d'« actual possession » « apparent » et « formal possession » qui étaient autrefois très discutées ont été réglées en 1882 par le « Bill s of sale Act » de cette année-là.

« Qualified ownership » est employé généralement pour signifier la « special property » ou d'autres fois elle indique le « right to possess ».

Enfin en dernier lieu nous avons le « better right to possess » qui sera l'expression la plus difficile à comprendre car elle s'applique à toute sorte de possession du moment qu'on la compare à une autre. Le propriétaire l'aura, en général, en face de tout possesseur à moins d'un contrat l'en privant pour un temps donné. Le possesseur de mauvaise foi l'a envers tous excepté à l'encontre de celui envers qui sa possession est vicieuse. Le voleur l'a contre tous excepté contre le volé ou son représentant. Le gage, le dépositaire, le locataire l'ont contre tous, même contre leur auteur pendant la durée de leur contrat. Le serviteur, le détenteur l'ont eux-mêmes dans certains cas. En fait ce n'est pas une catégorie mais un terme commode pour dénommer la possession qui l'emportera en cas de conflit entre possessions différentes. Mais nous aurons aussi à constater qu'en pratique c'est là réellement ce que les Anglais entendent par possession. A la possession celui qui a le meilleur droit à posséder en face des autres, qu'il ait un titre ou non, qu'il soit de bonne foi ou non, pourvu que personne ne puisse lui opposer un droit meilleur au moment de l'exercice de l'action.

En résumé en droit anglais, malgré toute une nomenclature si fournie on trouve en pratique : une possession civile quel que soit le nom dont on la décore avec les mêmes droits et avantages que sur le continent ; un droit possessoire analogue à la possession immédiate allemande et à la possession *ad interdicta* latine ; ensuite un second droit analogue à la possession médiate allemande et en dernier lieu une possession matérielle ou détention ou *eustodia* comme on voudra l'appeler.

BIBLIOGRAPHIE

- Allen** (Carleton Hemp). — *The law in the making*, 1927.
- Ames**. — *Essays*.
- Anson's** (Sir W. R.). — *Principles of the law of Contracts*, 17 ed., 1929.
- Appleton** (Ch.). — *De la possession et des actions possessoires*, 1871.
- *Le Trésor et la justa causa possessionis*, 1871.
- Aubry et Rau**. — *Cours de Droit civil français*, 5^e éd., 1897-1922.
- Batt** (Francis Raleigh). — *The law of Master and Servant*, 1929.
- Beale** (Edward). — *Law of Bailment*, 1920.
- Blackstone**. — *Commentaries on the law, of England*, 1811.
- Bonfante**. — *Il punto de partenza nella teoria romano del possesso*. — *Instituzioni di diritto romano*, 8 ed., Studi Senessi, t. I.
- Buckland** (W.-W.). — *The main institutions of Roman law*, 1931.
- *Equity in Roman law*, 1911.
- Chalmers** (Sir M. D.). — *The Sale of Goods Acts*, 1893 including the *Factors Acts* 1889-90, 10 ed., 1924.
- Cheshire** (G.-C.). — *The modern law of Real property*, 2^e éd., 1927.
- Colin et Capitant**. — *Droit civil*, 7^e éd., 1931.
- Cornil** (G.). — *Traité de la possession en droit romain*, 1905.
- « La protection possessoire dans les *leges romanae barbarorum* », *Mélanges Fitting*, t. I.
- Cuq**. — *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, 1928.
- *Recherches sur la possession à Rome*, 1894.
- Dean et Spurling**. — *Elements of conveyancing*, 4^e éd., 1925.
- Dicey**. — *Conflicts of law*, 1928.
- Disney** (Henry-W.). — *The law of carriage by Rail*, 8^e éd., 1929.
- Esméin** (Adh.). — *Histoire du Droit français*, 13^e éd., 1925.
- « Théorie de la possession en Allemagne », *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, 1886.
- Foote** (John Alderson). — *A concise treaty of Private International Law*, 5^e éd., 1925.
- Girard**. — *Manuel de Droit romain*, 8^e éd., 1929.

- Goodeve's.** — *Modern Law of personal property*, 7^e éd., 1930.
- Goodheart** (Arthur-L.). — *Essays on Jurisprudence and the Common Law*, 1930.
- Halsbury** (Earl of). — *The Laws of England*, 1931.
- Holdsworth** (Sir William). — *History of English Law*, 1909.
- Holland.** — *Jurisprudence*, 1908.
- Holmes** (O.-W.). — *The Common Law*, 1881.
- Ihering.** — Trad. de Meulemaere : *Fondement de la protection possessoire*, 1865. *Role de la volonté dans la possession*, 1891. *Esprit du Droit romain*, 1891.
- Jenks.** — *Digest of civil law*, 1905-17.
- Kenny** (Sir Courtney, Stanhope). — *Out lines of criminal law*, 13^e éd., 1929.
- Lenel.** — *L'édit perpétuel*, traduct. Peltier, 1902.
- Levy-Ullmann.** — *Le droit écossais*, 1924.
- Maitland.** — *Equity also the forms of actions at Common Law*, 1909.
— *The History of English Law before the time of*, éd. 1, 1903.
— *Select passages from the works of Bracton and Azo*, 1895.
— *Years books of*, Ed. II, 1903.
- Maine.** — *Dissertations on early law and custom*, 1883.
- Morton.** — *Manual of the law of Scotland*.
- Odgers'.** — « Principles of pleading », *Practice in civil actions in the Hih Court of Justice*, 10^e éd., 1930.
- Planiol et Ripert.** — *Traité pratique de Droit civil*, 1926.
- Pollock.** — *A first booh of jurisprudence*, 5^e éd., 1923.
— *The law of tests*, 12^e éd., 1923.
- Pollock and Wright.** — *Possession in the Common Law*, 1888.
- Pothier.** — *Traité de la possession*, Paris et Orléans, 1777.
- Riceobonc.** — *Vecchi e nuevi problemi interno alla i terminologia del possesso Scilli juridici*, v. I.
— « La teoria del possesso nel diritti romano », *Archivio juridico*, 1893.
- Saleilles.** — *Etudes sur les éléments constitutifs de la possession*, 1894.
— « La possession des meubles », *Mélanges de droit comparé*, t. II, 1907.
— « La controversia possessionis et la vis ex conventu », *N. R. hist. de D. fr. et étrangers*, XVI, 1872.
- Savigny.** — *Traité de la possession en droit romain*, trad. Staedler, 1870.
- Salmond** (Sir John). — *On jurisprudence*, 1927.
— *Law of Tests*, 7^e éd., 1928.
- Snell's.** — *Principles of Equity*, 20^e éd., 1929.
- Stephens.** — *Commentaries on the law, of England*, 19^e éd.
- Story.** — *On bailment*, 1920.

- Thaller et Percerou.** — *Traité de droit commercial*, 7^e éd., 1925.
Underhill (Arth). — *On trust*, 1921.
 — *Law of partnership*, 1919.
Vinogradof. — *Out lines of historical jurisprudence*, 1920.
Zulueta. — *Roman Law in Medieval Europe*, 2^e éd., 1929.

Thèses.

- Juon des Longrais.** — *Saisine en droit anglais*, 1926.
Othier. — *Effet de la possession des meubles*, 1861.
Jobbé Duval. — *Revendication des meubles*, 1871.
Albani. — *De la responsabilité civile du transporteur bénévole*,
 Montpellier, 1929.
Schwab. — *Théorie possessoire objective*, 1907.
Popesco. — *Droit de rétention en Droit anglais*, 1930.
Radulesco (Léon). — *La notion des éléments constitutifs de la*
possession (étude de droit comparé), Paris, 1923.
Garnier (Renée). — *La notion de Trespass*, 1927.

Périodiques.

- Law Quarterly Review.*
Cambridge Law Review.
Nouvelle revue historique de droit français et étranger.
Législation internationale.
Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur.
Revue critique de législation et jurisprudence.
Studii Senesi, 1906.
Scetti Guindici.
The public general Acts, 1876-1915.
Chitty's statutes of practical utility 1916-1924.
American Law Review.
Harvard Law review.
American Bar association (Journal de).
American Journal of International Law.
-

TABLE DES DÉCISIONS JUDICIAIRES

Abhrats's case, 1798, N. Leach, 824.
Ancona v. Rogers, 1876, I Ex. Div., 292.
Armory v. Delamarie, 1721, I. Strange, 503.
Asher v. Whitelock, 1865, L. R. I. 9. B. 6.
R. v. Ashwell, 16. 9. B. D. 190.
Attenborough v. Solomon, 1913, A. C. 76.
R. v. Banks, 1821, R. R., 441.
Belsize Motor Supply Co v. Cox, 1914, I. K. B., 244.
Bentley v. Vilmont, 1887, 12. A. C., 471.
Bethell v. Clark, 1888, 209. B. D., 615, C. A.
Biddle v. Bond, 1865, 6 B. et S., 225.
Blades v. Higgs, 1861, 10. C. B. N. S., 713.
Boulton v. Jones, 1857, N. H. et N. 564, 27 L. J. Ex., 117.
Brew v. Haren, 1877, 11 Sr. Rep., C. L. 198 Ex. Ch.
Bridges v. Hawkesworth, 1851, 21. L. J. Q. B., 75. 15. Jur. 1079.
Buchananaland Co v. London Trading Bank, 1898.
Buckley v. Gross, 1863, 3 B. et S. 566, 32 L. J. Q. B., 129.
Buster v. New Hick, 20 Johnson N. G., 75.
Calm v. Rockett's Bristol Channel Co, 1899.
Campbell's case, 1790.
Cartwright v. Green, 1802, 8 Ves. 405.
Carver v. Pierce, Style 66 (K. S. C., 238).
R. v. Chipchase, 1795, Leach, 899.
Clough v. London a. N. W. Reg., 1871, L. R., 7 Ex. 26.
Cochrane v. Moore, 1890, 25 Q. B. D. 57, C. A.
Coggs v. Bernard, 1704. 2 Ld. Roque, 909.
Cole v. North Western Bank, 1875, L. R. 10. C. P., 354, Ex. Ch.
Consolidated Co v. Curtis, 1892, 1. Q. B., 495.
Cook v. Rider, 16, Pick Mass., 186.
Cran v. London Docks, 1864, 33. L. G. Q. B., 224.
R. v. Creamer, 14. Ap. Ca. R., 19.
Croft v. Lumby, 1858, 6. Hof. L., Cas., 672.
Case of the Crown Jewels, 1437, Ex. Ch., I.
R. v. Cullum, 1873, 12. Cox, 469.
Cundy v. Lindsay, 1878, 3 Ap. Ca., 459, I. Q. B. D., 349.

- Daniels v. Rogers, 1918, 2 K. B., 228.
 Delanney v. Wallis, 1884, 14 L. R. Sr., 31, C. A.
 Derry v. Peek, 1889, 14. A. C., 337.
 R. v. Dixon, 1855, Dears, 580. 7 Cox, 35.
 Dixon v. Gayfere, 1853, 17. Beav., 421.
 Doe. d. Carter v. Bernard, 1849, 13. Q. B; 945; 18 L. G. Q. B.
 Ex parte Drake, 1877, 5., Ch. Div., 866.
 Edmunds v. Merchant Despatch Co, 135 Mass.
 R. v. Edwards, 1887, 13. Cox.
 Elmors v. Stone, 1809, 1 Taurit., 458.
 Elwes v. Brigg Gas Co, 1886, 33. Ch. D., 562.
 Farquhason Br. v. King a. Co, 1902.
 R. v. Featherstone, 1834, Dears, 369.
 Ex parte Fletcher, 1877, 5 Ch. Div., 809.
 Folkes v. King, 1923, A. C., 1. L. R., 1. K. B., 282.
 R. v. Foley, L. R. (Sr.), 1889. C. L., 299 (K. S. C. 241).
 Fowler v. Dower, 1797, 1. B. et P., 44.
 R. v. Framptmn, 1846, 2. C. et K., 167.
 Gardner v. Manslige, L. R. 19, Q. B. D., 217.
 Glosse v. Hayman, 1587, Leon. case, 110.
 Glyde's case, 1868, L. R., 1., C. C. R., 139.
 Good locke v. Communs, 1897.
 Goodwin v. Robarts, 1876.
 Gordon v. Harper, 1726, 7. T. R. Q.
 Graham v. Peat, 1801, 1, East, 244,
 Granger v. George, 1826, 5. B et C., 149.
 Hamilton v. Bone, 16 Cox, 437.
 R. v. Harrison Leach, 47.
 Hassal's case, 1861, Leigh and Cave, 58 (K. S. C., 227).
 Haymar v. Flewner, 1863.
 Hayne's case, 12, rep. 113. 1. Hale, 513.
 Hawkins v. Blewit, 1798.
 Heargrave v. Sprink, 1892.
 Hiort v. Bott, 1874, J. R. Q., Ex., 86.
 Hollins v. Fowlers, 1875, L. R. 7, H. L., 757.
 Hopkinson v. Gilson, 1805, 2, Smith, 202.
 Hoskons v. Tarrause, r, Blackford, 407.
 Howood v. Smith, 1788.
 Isaac v. Clark, 1615, ~. Bulstr., 306.
 R. v. Jenkins, 1839, 9 C. et P., 38.
 R. v. Jones, 1835, 7. C. et P., 151.
 Jones v. Williams, 1837, ~ M et W., 326.
 Re Johnsod, 1905.
 Jones v. Chapman, 1847, 2 Ex., 821.
 The Killarney, 1861, 1, Leach, 427.

- Kincaid v. Eaton, 1867, 98 Mars., 139.
 Knight, 1871.
 Lamp v. Attenborough, 1862, 31 L. J. Q. B., 41.
 Lampt's case, 1612, 10 rep, 48 a.
 Leigh's case, 1800, 2 Eash, P. C.
 Lotan v. Gross, 2 Camp, 464.
 Lord Advocate v. Lord Blantyre, 4, Ap. Ca., 770.
 Lord Advocate v. Young, 1887, 12, Ap. Ca., 556.
 Lows v. Tilford, L. A. C., 426.
 Mackreth v. Stimmons, 1808.
 Mac Avoy v. Medina, 1868, 11, Allen, 548.
 Case of Market overt, 1596, 5 Coke R., 836.
 Melita v. Sutton, 1913, 30 T. L. R., 17, C. A.
 Merry v. Green, 1844, 7 M. et W., 623, 10 L. G. M. C., 154.
 R. v. Middleton, L. R. 2, C. C. R., 38 (K. S. C., 266).
 Milroy v. Lord, 1862, 4 D. F. et J., 264; 31 L. J. Ch., 798, 135,
 R. R., 135.
 Moran v. Pitt, 1873, 42, L. G. Q. B., 47.
 Morley v. Attenborough, 1849, 3 Exch., 500; 18 L. J. Ex., 148.
 Moyce v. Newington, 1878, Ex. Q. B. D., 32; 48, L. J. Q. B., 125.
 R. v. Moore, 1861, L. et C., 1; 8 Cox, 416.
 Nicholson v. Harper, 1896, 2 Ch., 415.
 The Odessa, 1916, A. C., 145, P. C.
 Oppenheim v. Frazer, 1907, 2 K. R., 50; 76, L. J. K., 806, C. A.
 Oppenheim v. Attenborough, 1908, I. K. B., 221; 77 L. J. K. B.,
 209.
 Oppenheim v. Frazer et Wyatt, 1908.
 Paynes v. Wilson, 1895, 2 Q. B., 537, C. A.
 Pierce v. London Horse Carriage respository, 1922, W. N., 170).
 Peto v. Blaydes, 1814, 5 Taunt., 657.
 Phillips v. Brook, 1919; 2, K. B., 243; 24, Corn. Cas., 263.
 Philipps v. Homfray, 1883, 24, Ch. D., 439.
 Portalis v. Tetley, 1867, L. R. 5., Ex., 140.
 R. v. Prince, 1827, L. R., I. C. C., 150.
 Reddal v. Union Castle, 1914, 20 Com. Cas., 86.
 Richard v. Jenkins, 1887, 18, Q. B. D., 451.
 Riley's case, Dears, 22, L. J. M. C., 48.
 Robert v. Wyat, 1870, 2, Taunt, 268.
 Roger c. Spence, 73, M. W., 579.
 Rooth v. Wilson, 1817, 1, B. et A., 59.
 Sanders v. Mac Lean, 1883, N. Q. B. D., 343.
 Saunders v. Topp, 1849, L. Exch., 390; 18 L. J. Ex., 374.
 Scully, 1845, 1, Coc., 189.
 Re Seymour, 1913, 1 ch., 475, C. A.
 Sheppard v. Touchstone.

- Sharman v. South Staffordshire Water Co, 1826.
 Smith v. Selwyn, 1914, 3 K. B., 99.
 Springer v. G. W. Rly Co, 1921.
 Strong v. Bird, 1874, L. R., 18 Eq., 315.
 Six Carpenter's case, 1610, 8 rep., 146 b.
 Tharpe v. Stallwood, 1843, 5 M. et G., 760.
 R. v. Thompson, 1. Den., 1549.
 R. Townley, 170, L. R. 1, C. C.
 Thurborn's case, 1849, 1, Den., 387; 2 C. et K., 831.
 Underwood, v. B. of Liverpool, 1924.
 Walker v. Mathews, 1881, 8 Q. B. D., 109.
 Walsh's case, 1812, 2, Leach P., 1072.
 Ward v. Turner, 1751, 2 Ves. sen^r, 431; 1 Deck, 170.
 Watson's case, 1788, East P. C., 526.
 Webbers v. Fox, 7. T. R., 391.
 Whistler v. Foster.
 White v. Crisp, 1854, 10 Cch., 312.
 Wilkinson v. King, 1809, 2, Camp, 335.
 Ex parte Winder, 1877, 6 ch., D., 696.
 Williams v. Willington, 1788, I. H. Bl. p. 85.
 The Winkfield's case, 1902, p. 42.
 Whitehom v. Davison, 1911, 1 K. B. 463, C. A.
 R. Woodrow, 1846, 16 L. J. M. C., 128.
 Wood v. Rowcliff, 1846, 6 Hare, 183.
 Wynnes case Leach, 417.
 Young v. Hickens, 1844, 69 Q. B., 606.
-

TABLE DES LOIS

Factors' Act, 1889.
Bills of sale Act, 1882.
Larceny Act, 1861, et 1918.
Army Order, 1915.
Sale of Goods Act, 1893.
Judicature Act, 1873.
Married Women property Act, 1882.
Law of Property Act, 1925.
Bankruptcy Act, 1914.

ERRATA

- p. 22, ligne 24, *lire* : de la part d'Enderman
p. 31, ligne 21, *lire* : Il dit encore que le Droit
p. 45, ligne 6, *lire* : aucune théorie n'a été vraiment acceptée par les Cours si ce n'est celle...
p. 46, ligne 3, *lire* : exigence *au lieu de* : expérience
p. 47, ligne 30, *lire* : autrement dit
p. 51, ligne 5, *lire* : user *au lieu de* un
p. 53, *lire* dans la note, ligne 12 : *dominantis, au lieu de* : *possidendi*
p. 53, ligne 13, *lire* : est nécessaire, *au lieu de* : n'est pas nécessaire
y. 53, ligne 15, *ajouter* : mais sans titre d'acquisition
p. 55, référence omise (1) *op.* déjà cité, part. I, § 3, p. 15.
p. 64, ligne 6, *lire* : maîtrise, *au lieu de* : propriété
p. 66, dans la note, *lire* : *vii^e, au lieu de* : *xii^e*
p. 72, § 6, 4^e ligne, *lire* : nous retrouvons cette même base du non transfert de la propriété dans la possession...
p. 72, 5^e ligne, *lire* : Mais dans notre Droit
p. 92, ligne 21, *lire* : aussi peut-on probablement le laisser...
p. 99, ligne 31, *lire* : façon de voir *au lieu de* : « vue »
p. 104, ligne 2, *lire* : acquéreur *au lieu de* : acquérant
p. 119, *lire dans la note*, 1^{re} ligne, la référence Possession de Trespass, part. III, § 4.
p. 121, ligne 31, *lire* : au propriétaire *au lieu de* : à l'inventeur
p. 126, ligne 8, *lire* : elle est au roi
p. 131, ligne 30, *lire* : 3 catégories d'inventions en cas de perte
p. 137, ligne 34, *lire* : 722 et 723 *au lieu de* : 72 et 73
p. 138, ajouter note à la ligne 6 :
De même qu'en France par les règlements municipaux en général après un an les choses trouvées sont remises à l'inventeur dont le droit remonte probablement au moment de l'invention. V. arrêt, Cass. civ., 13 juin 1921, *Gaz. Pal.*, 1921.2.81, appliquant les art. 2279 et 2280.
p. 139, ligne 17, *lire* : possession *au lieu de* : propriété
p. 140, ligne 1, *lire* : possession *au lieu de* propriété
p. 148, ligne 13, *lire* : pour 10 livres et au-dessus
p. 151, ligne 22, *lire* : dans certaines de ses applications
p. 152, ligne 33, *lire* : le contrat simple

- p. 153, ligne 2, *lire* : dans certains cas (dans les contrats formels)
- p. 153, ligne 3, *lire* : ou même encore
- p. 157, ajouter la référence à la ligne 20 : *op.*, déjà cité, part. II, p. 96.
- p. 177, ligne 8, *lire* : à l'acheteur *au lieu de* : est
- p. 181, ligne 4, *lire* : put au lieu de eut
- p. 181, ligne 6, *lire* : eut à au lieu de peut
- p. 187, ligne 13, *lire* : renversé *au lieu de* infirmé
- p. 189, ligne 25, *lire* : Par contre celui du savant lord
- p. 189, ligne 36, *lire* : La décision de la Cour d'appel, *au lieu de* des Lords légistes
- p. 199, ajouter la note à la ligne 33 : Comme pour tous les autres systèmes de Droit
- p. 200, ligne 5, *lire* : *Si aes pro auro veneat non valet.*
- p. 207, ligne 18, *lire* : original *au lieu de* : féodal
- p. 213, ligne 20, *lire* : a transporté la chose sur son fond
- p. 218, ligne 28, *lire* : mon *au lieu de* : son
- p. 231, ligne 31, *lire* : Il est probable qu'avant
- p. 233, ligne 32, *lire* : car il importait peu de quelle...
- p. 257, ligne 22, *lire* : Pourtant M. Stallybrass...
- p. 257, ligne 23, *lire* : est commode. En revanche elle est...
- p. 261, *lire* dans la note, ligne 56 : paraissent exclus *au lieu de* : sont exclus
et ligne 57 : même l'invocation du *jus possidendi* dans certains cas
- p. 265, ligne 5, supprimer le mot : fois
- p. 277, ligne 9, *lire* : ou non ou avec titre...
- p. 280, ligne 26, *lire* : a. 1141 *au lieu de* : 1441.
-

TABLE DES MATIÈRES

Introduction.....	1
Chapitre premier. — Définition et nature de la possession.....	9
Chapitre II. — Eléments et conditions de la possession.....	17
§ 1. Eléments de la possession.....	17
§ 2. Preuve de la possession.....	47
§ 3. Titre résultant de la possession.....	54
§ 4. Objets susceptibles de possession.....	58
§ 5. De la règle <i>Plures eadem rem in solidum possidere non possunt</i> et de la copossession	64
§ 6. De la possession pour autrui.....	72
§ 7. Du Bailment	86
1° Historique.....	87
2° Catégorie de personnes pouvant être « bailees ».....	88
§ 8. Du lien	108
Chapitre III. — Transferts de la possession.....	114
§ 1. Modes originaires.....	114
1° Occupation	115
2° Treasure trove.....	121
3° Abandon et perte.....	127
§ 2. Modes dérivés d'acquisition.....	138
1° Acquisition par effet de la loi.....	138
2° Acquisition par consentement « delivery » ou tradition ...	143
3° Donations <i>inter vivos</i>	149
4° Donations <i>mortis causa</i>	151
5° Vente et Sale of Goods Act 1890	152
6° Exceptions à la règle <i>nemo dat uod non habet</i> . Market overt. Perte, vol, fraude, Factus Act, 1889.....	164
§ 3. Transferts de possession involontaires. Taking on depos- session, erreur.....	191
Chapitre IV. — De la protection possessoire.....	206
§ 1. Moyens de protection possessoire. Généralités. Historique. Moyen de défense privée et judiciaire.....	207
§ 2. Trespass	214
1° Différents Trespass. Eléments et conditions du Trespass..	214
2° Qui peut poursuivre en Trespass.....	224
§ 3. Trover ou Conversion.....	230
1° Historique. Eléments et conditions d'exercice.....	231
2° Qui peut poursuivre en Trover.....	237
3° Effet du jugement dans l'action du Trover.....	249
4° Mesures de compensation (damages).....	251
§ 4. Prescription (Statute of Limitation).....	255
§ 5. Specific restitution of chattels	258
Conclusion.....	263
Appendice	271
Bibliographie.....	285

